محمد عبد اللطيف

المحامى بالاستئناف العالى

نظرية

السبب الصحيح

فى التقادم الخمسى المكسب

طبعة أولى

عام ١٩٤٥

مطبعة صلاح الدين بالاسكندرية

محمد عبد اللطيف

المحامى بالاستئناف العالى

نظرية

السبب الصحيح

فى التقادم الخمسى المكسب

طبعـــة أولى

عام ١٩٤٥

مطبعة صلاح الدين بالإسكندرية

مقدمة

لحضرة صاحب العزة سليمان بك حافظ

المستشار بمحكمة استئناف مصر العليا

هـــذا بحث أوسع مدى مما يوحى به عنـــوانه فهو لا يقتصر على دراسة السبب الصحيح من حيث نظريته بل يتنـاول ركنا ثانيـــا من أركان التقادم الخمسى المكسب هو حسن النية ـ يتلوهما بيـان الآثار المترتبة على هـــذا التقادم وانا نرى الباحث يعالج الموضـــوع برمته من ناحيته العلمية والعمليـــة مقارنا بين فقـــه القـانونين المصرى والفـــرنسى وقضائهمـا فى اسهـــاب مرتب وتقسيم منسق. يشهد للزميـــل بمـا آخذ به نفسه فى دراســـة موضوعه ـ من جهـــد جم ـ واطلاع كثير ـ ولو أن بحثه شمل وضع اليـــد لكان مرجعـا كاملا لهذا النوع من التقـادم يغنى عن الرجوع إلى أحـــكامه فى المطولات بيـــد أن استغناء الباحث من أركان التقادم بأدقها عن أسهلها قد يكون له عـــلة لا تخفى ذلك ان فيما لقيـــه وضع اليد من دراسة التقادم الطويل غناء ـ وبعد فرجائى أن يجـــد صديقى الأستـاذ عبد اللطيف من حسن قبول رجال القانون لثمرة من ثمرات اجتهاده ما يشجعه على المضى فى متابعة دراساته.

الجيزة فى ٢ مارس سنة ١٩٤٥ — سليمان حافظ

بسم الله الرحمن الرحيم

نظرية السبب الصحيح

تمهيد

مقارنة النصوص

١ – التقادم المكسب على نوعين ـ تقادم طويل الأجل تكتسب معه الملكية بوضع اليد خمسة عشر عاما فى التشريع المصرى ـ و ٣٠ سنة فى التشريع الفرنسى فيما لو كان وضع اليد أساسه الغصب .

وتقادم قصير الأجل تكتسب معه الملكية بانقضاء خمس سنوات فى التشريع المصرى ـ وعشر سنين أو عشرين سنة فى التشريع الفرنسى ـ إذا كان واضع اليد يستند فى وضع يده إلى سند صحيح مقرون بحسن النية .

وهما يشتركان معا فى شروط وضع اليد وان اختلفا فى مدتها ـ والنوع الثانى هو موضوع بحثنا هذا .

٢ – تناول المشرع المصرى أحكام هذين النوعين فى المادة ٧٦ مدنى وطنى إذ قررت ما يأتى :

« تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا »
« بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك »
« بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح فان لم يوجد »
« ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده خمس عشرة سنة »

أما الشارع المختلط فقد أورد أحكام هـــذا التقادم فى المادة ١٠٢ مدنى مختلط حيث قررت ما يأتى :-

La proprieté et les droits réels, autres que l'hypothéque, s'acquierent par une possession paisible, publique, et continue, à titre non equivoque de proprietaire pendant cinq ans par soi même ou par un tiers pour soi, pourvu que le possesseur ait un juste titre, et pendant quinze ans s'il n'y a pas de juste titre.

وهذا النص يختلف عن النص الوطنى - فى انه استثنى الرهن التأمينى ولم يجز اكتسابه بالتقادم الخمسى فيما لو اكتسب واضع اليـــد ملكية العين بمقتضى السند الصحيح فتنتقل اليه محملة باعباء الرهن التأمينى المتوقع ضد المالك الأصلى - ويجوز للدائن المرتهن حق تتبـــع العين من يد مالكها الجديد الذى اكتسب الملكية بالسبب الصحيح .

وهذا الاستثناء جاء مخالفا للتشريع الفرنسى إذ نصت المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى على انه فى حالة وضع اليد على العقار بمعرفة حائز من الغير فان هـــذا يكتسب الملكية ساقطا عنها الرهن بمضى المدة .

والظاهر ان المشرع المختلط كان حريصا فى المحافظة على حقوق الدائنين المرتهنين فأتى بهذا الاستثناء خشية ضيـــاع رهانهم - التى هى الدعامة القوية لضمان حقوقهم - فيما لو اكتسب الغير ملكية العقار بوضع اليد المدة المكتسبة

٣ - على انه وان كان المشرع الوطنى قـــد حذا حذو الشارع المختلط فوضع القانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ بقصد حماية الدائنين المرتهنين الوطنيين - فأضاف المادة ٧٩ مدنى مكرر التى تنص على ما يأتى :-

« بالرغم من هذه القيود السابقة يجوز للدائن المرتهن للعقار إذا كان »
« حسن النية أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من المدين الراهن مدة خمس »
« سنوات إذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان »
ملكية الراهن »

إلا ان هذه المادة لا تحمى إلا الدائنين المرتهنين الذين أوقعوا حقا عينيا على عين لم تكن مملوكة للمدين الراهن وقت انشاء الرهن - وكانوا يعتقدون وقت الارتهان بأن مدينهم مالكا للعقار - ولكنها لا تحمى الدائنين المرتهنين الذين أوقعوا حقا عينيا على عقار مملوك للمدين الراهن ثم اكتسب الغير ملكيته بوضع اليد فتنتقل له الملكية خالية من الحق العينى.

وسنعود الى بحث هذا الموضوع فى فصل منفرد.

٤ - أما الشارع الفرنسى قد تناول أحكام هذا النوع من التقادم فى المواد ٢٢٦٥ - ٢٢٦٩ فى شىء من التفصيل يختلف قليلا فى أحكامه الثانوية عن التشريع المصرى - فقررت المادة ٢٢٦٥ مدنى فرنسى بأن السبب الصحيح يعد سببا لاكتساب الملكية بالتقادم بمضى عشر سنوات إذا كان المالك الحقيقى مقيما فى دائرة المحكمة الواقع فيها العقار - وعشرين سنة إذا كان مقيما خارجها وهاهو النص.

Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans, si le veritable proprietaire habite dans le ressort de la cour royale (cour d'appel) dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé et par vingt ans s'il est domicilié hors du dit ressort.

والملحوظ فى هذا النص انه أتى بالقواعد الأساسية لأحكام التقادم الخمسى وهى توافر السبب الصحيح المقرون بحسن نية واضع اليد - وهو مما يتفق مع التشريع المصرى ولكنه يختلف عنه فى انه جعل المدة المقررة لاكتساب الملكية عشر سنوات إذا كان المالك الحقيقى مقيما فى دائرة المحكمة التى يقع فيها العقار - وعشرين سنة إذا كان مقيما فى غير دائرة العقار وذلك خلافا للتشريع المصرى الذى قصرها على خمس سنوات فى كلا الحالين.

٥ - أما المادة ٢٢٦٦ مدنى فرنسى فقد نصت على انه إذا كان المالك الحقيقى يقيم حينا فى دائرة العقار وحينا آخر فى دائرة أخرى غير دائرة العقار فتضاف الى جانب العشر سنوات سنتان عن كل سنة أقامها هذا المالك خارج دائرة العقار.

Si le veritable proprietaire a eu son domicile en différents témps dans le ressort et hors du ressort il faut pour compléter la prescription ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence un mombre d'années d'absence double de celui qui manque pour compléter les dix ans de présence.

ولعل الشارع الفرنسى قد احس بحق ماقد يحيط بالمالك الاصلى من ظروف واعتبارات قوية تضطره الى ترك الدائرة التى يقع فيها عقاره - ومن ثم فقـــد احسن صنعا بايجاد هذه التفرقة التى تقوم على سبب معقول حرصا على مصلحة المالك الغائب .

وكان الاجدر بشارعنا ان يعمل على ايجـاد هذه التفرقة فيشمل برعايته المالك الغائب الذى اضطرته ظروفه او طبيعة عمله الى هجر دائرته التى يقع فيها عقاره فابتعد عنها وقد اصبح لا يعلم من امرها شيئا فتمتد يد الغاصب الى عقاره بسهوله دون ان يجد له منازعا يصده عن فعل الغصب والعدوان - ومن ثم كان من العدل ان تكون مدة التقادم بالنسبة لمن كان مقيما خارجها سبع سنوات .

٦ – واضافت المادة ٢٢٦٧ مدنى فرنسى بأن السند الباطل شكلا لا يصح أن يكون سببا صحيحاً لا كتساب الملكية .

Le titre nul par defaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans.

أما شارعنا فقد أحسن صنعا عند ما أغفل هذا النص لأن تعبير الشـارع بلفظ السبب الصحيح أقطع فى التـــدليل بطريق الاستنتاج العكسى أن السند الباطل شكلا لا يصلح أن يكون بطبيعته أساسـا للتملك بالتقادم - هذا من ناحية - ومن ناحية أخرى فانه من المتفق عليه فقها أن يشـــترط فى السبب الصحيح أن يكون بطبيعته ناقلا للملكية فيما لو صـــدر من مالك - وليس من شك فى أن السند الباطل شكلا يعتبر منعدم الوجود قانونا ولا يصلح أن يكون بذاته سندا ناقلا للملكية .

٧ – أضاف المشرع الفرنسى المادة ٢٢٦٨ فنصت على افتراض حسن نية واضع اليد مالم يقم الدليل على اثبات العكس .

La bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allegue la mauvaise foi à la prouver.

وهذا النص أيضا يتمشى مع منطق القواعد العامة لأن المفروض فى الانسان البراءة وحسن النية الى أن يقوم الدليل على اثبات العكس - ومن ثم فقد كان شارعنا منطقيا عند ما أغفل هذا النص .

وأردف الشارع الفرنسى المادة ٢٢٦٩ بقوله انه يكفى أن تتوافر حسن النية عند بدء وضع اليد .

Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition.

وهذا النص تكرار للنص السابق - لأن حسن النيه لا يفترض إلا عند بدء وضع اليد أما من داخله شك أو ريب فى أمر ملكيته منذ اللحظة الأولى فهو سيء النية - ومن ثم فلم يكن شارعنا فى حاجة الى ادراج هذا النص .

٨ - أما مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى - فقد أدمج هذه القواعد جميعا بدقة ووضوح فى المادة ١٤٢٠ إذ قررت ما يأتى :

١ - ومع ذلك إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية - ومستندة فى الوقت ذاته الى سبب صحيح - فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات .

٢ - ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق .

٣ - والسبب الصحيح لا يفترض ويصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون .

٩ - يستفاد مما تقدم انه يجب أن يتوافر فى التقادم المكسب الشرائط الآتية :

(١) توافر السبب الصحيح (٢) أن يكون هذا السند ناقلا للملكية (٣) حسن نية واضع اليد .

وسنفرد لكل شرط بابا خاصا - ثم نختتم البحث بالآثار المترتبة على التقادم المكسب الخمسى .

الباب الأول

تعريف السبب الصحيح

١٠ — المراد بالسبب هو العمل القانونى الذى يتخذه واضع اليد اساسا لوضع يده ـ ولا يشترط فيه ان يكون ثابتا فى محرر مكتوب .

ويجب عدم الخلط [١] بين العمل القانونى الذى يعد اساسا لوضع اليد وبين المحرر المكتوب الذى يعد فقط اداة لاثبات السبب ـ وهو امر خاضع لقواعد الاثبات العامة .

لذلك كان من الجائز ان يتوافر السبب القانونى الذى يتخذه واضع اليـــد قوام وضع يده ـ وفى الوقت نفسه قد لا يستطيع واضع اليد او قد يعجز عن اقامة الدليل المثبت لوجود هذا السبب من الناحية القـانونية لانعدام الدليل المكتوب ـ او لعجزه عن اثباته بالبينة او بقرائن الاحوال وذلك طبقا لما تمليه قواعد الاثبات .

١١ — ويشترط فى السبب ان يكون صحيحا بمعنى ان يكون بطبيعته [٢] ناقلا للملكية فيما لو كان صادرا من مالك له اهلية التصرف ـ وكل ماهنالك ان يكون قد أعتوره عيب كأن يكون البائع أو الواهب أو الموصى غـــير مالك للشيء موضوع التصرف ـ ويزول هذا العيب ويصبح المتصرف له مالكا للعين بوضع يده عليها خمس سنوات متى كان يجهل العيب اللاحق بذات السند .

١٢ ـ وقد عرّف العلامة بوتييه [٣] السبب الصحيح بقوله هو عقـد أو أى سند آخر توافر فيه شروط الصحة يعد بطبيعته ناقلا للملكية فيمـا لو

(١) بودرى وتيسيبه في التقــادم نبذة ٦٥٥ ـ دي هلس جزء ٣ نبذه ١١٧ في التقادم (٢) استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ٥ ١٩ مج ١٧ـ٢٢٠ (٣) بوتييه في التقادم نبذة ٥٧

صدر من المالك الحقيقى الذى له أهلية التصرف - مما يجعل أولئك الذين اكتسبوا الحيـازة بهذا السبب يعتقدون فى طمأنينة صحة ملكية واضع اليد الظاهر الذى أكسبهم الحيازة .

وعرّفه العلامة بودرى[1] بقوله هو السند الذى يعد بطبيعته ناقلا للملكية فيما لو صدر من مالك له أهلية التصرف دون حاجة إلى جعل التقادم سببا اضافيـــا .

وعرّفه أوبرى ورو بقولهما انه السند الذى له خاصية نقل الملكية فى ذاته بصرف النظر عما إذا كان صادرا من المالك الحقيقى أو من شخص غير حائز لأهلية التصرف .

وعرّفته محكمة النقض والابرام المصرية فى حكمها الصـــادر بتاريخ ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ [2] بقولها ما يأتى :-

« السبب الصحيح هو التصرف القانونى الذى يستند اليـــه واضع اليد فى حيازته للعقـــار ويجعل وضع اليد حلالا سليما من شبهة الغصب فى نظره واعتقـــاده هو . والمراد بكون السبب صحيحا هو ان يكون بطبيعته ناقلا للملكية لو انه صدر من مالك للتصرف »

١٣ — يستفاد من هـــذه التعاريف انه يجب أن تتوافر فى السبب الصحيح الشرائط الآتية :-

(١) أن يكون العقد صادرا من غير فاقد الأهلية أو منعدم الارادة .
(٢) أن يكون العقد صحيحا شكلا .
(٣) أن يكون محل العقد وسببه غير مخالف للنظام العام .
(٤) ألا يكون العقد ظنيا أو وهميا أو صوريا .

وسنتناول بحث كل شرط من هذه الشروط فى فصل خاص .

---

(١) بودرى وتيسيبه نبـذة ٦٥٥ فى التقـادم (٢) مجموعة القواعد المدنيـة لاحمد بك عمر جزء ١ ص ١٣١ رقم ٥٨

الفصل الاول

ان يكون العقد صادرا من غير فاقد الاهلية او منعدم الارادة

١٤ ــ إذا صدر العقد من فاقد الأهلية كالمجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز فهو عقد منعدم الوجود قانونا لفقدان ركن الرضا عند أولئك الذين انعدمت ارادتهم مما يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقاً (١) ـ ولا يصح أن يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى ولا يجوز الاحتجاج به قبل المالك الأصلى الذى من حقه التمسك بهذا البطلان ـ كما ان من حق المحكمة أن تقضى ببطلان السبب من تلقاء نفسها.

١٥ ــ ولكن ما الحكم لو صدر التصرف من ناقص الأهلية ؟

ليس من شك أن العقد الصادر من ناقص الأهليه يختلف عن العقد الصادر من فاقد الأهلية ـ فى ان البطلان الذى يحيق به هو بطلان نسبى لا يتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته ـ ومن ثم فله وجود قانونى كامل وينتج كافة الآثار القانونية المترتبة عليه طالما لم يقض ببطلانه.

وتفريعا على هذه القاعدة إذا ما باع(٢) القاصر أو المحجور عليه ما لا يملك وكان المتصرف اليه حسن النية غير عالم بنقص أهلية المتصرف ـ عُدّ هذا العقد اداة طيبة للتملك بالتقادم الخمسى ويجوز الاحتجاج به قبل المالك الأصلى ولا يستطيع هذا الأخير التمسك ببطلانه لكونه صادرا من ناقص الأهلية لأن الدفع بالبطلان حق للقاصر وحده (٣) لا يتمسك به سواه ـ ولكن إذا ماحرض المالك الأصلى هذا القاصر على رفع دعوى ببطلان السند فهو فى غير شك

---

(١) دى هلس نبذة ١١٩ فى التقادم استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٨٩٣
(٢) بودرى وتيسيه فى التقادم نبذة ٦٦٨ ص ٥١١ استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ مج ٢٧ـ٨٣ دى هلس نبذة ١٢٠ فى التقادم (٣)مرجع القضاء ١٣٧٢ اسكندرية ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٨.

يستفيد من الحكم القاضي بالبطلان ويصبح السند بعد هذا الحكم منعدم الوجود لا يصلح لأن يكون اداة للتملك بالتقادم الخمسي .

١٦ — أما إذا تصرف فاقد الأهلية فيما يملكه فلا يستطيع المتصرف له أن يحتج قبل القاصر بالتملك بالتقادم الخمسي - لأن حق القاصر فى رفع دعوى البطلان يظل قائما لا يسقط إلا بانقضاء خمسة عشر عاما من تاريخ بلوغه سن الرشد (١) .

ولكن يجوز للمتصرف اليه أن يكتسب الملكية بمضى المدة الطويلة إذا أعرض القاصر عن رفع دعوى البطلان بعد بلوغه سن الرشد .

ويراعى أن بدء احتساب مدة التقادم المكسب بمضى المدة الطويلة تسرى من اليوم التالى لسقوط حق القاصر فى رفع دعوى البطلان .

١٧ — هل يعد العقد الصادر من وصى القاصر دون اجازة المجلس الحسبي سببا صحيحا ؟

قضت محكمة مصر الاستئنافية بتاريخ ٢ فبراير (٢) سنة ١٩٢٤ فى قضية فحواها ان وصيا باع أطيانا الى آخر دون الحصول على إذن من المجلس الحسبي وكان العقد مقرونا بوضع يد المشترى عليها مدة تزيد على خمس سنوات حتى نازعه فى أمر ملكيتها آخرون فرفعوا دعوى ضده يطلبون فيها الحكم بثبوت ملكيتهم للاطيان - فتمسك المشترى بوضع اليد المقترن بالسبب الصحيح فدفع المدعون ببطلان هذا السبب لان العقد وقد أصدره وصى أغفل الحصول على إذن من المجلس بأجازة البيع فقد وقع باطلا - فأخذت محكمة الاستئناف بما دفع به المدعون وقالت فى أسباب حكمها ما يأتى :-

« حيث ان الحكم فى هذه القضية يستلزم البحث فى هل العقد الصادر من

---

(١) مرجع القضاء رقم ١٣٧٧ مصر الابتدائية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ (٢) المجموعة الرسمية ٢ فبراير سنة ١٩٢٤ السنه ٢٦ رقم ٣٤ ص ٥٨

الوصى على القصر يعتبر فى حكم العقود النـاقلة للملكية بالسبب الصحيح حتى يمكن التملك بمضى مدة الخمس سنوات على وضع يد المشترى .

«وحيث ان الوصى لا يملك التصرف فى مال القاصر إلا بشرط إذن وتصديق المجلس الحسبى المختص وعليه يكون هـــذا العقد باطلا لعدم توافر الشرط الأساسى لصحة البيـع »

١٨ ــ وهذا الحكم كما ترى مخالف لاجماع الفقه والقضاء ـ فالبطلان اللاحق بذات العقد هو بطلان نسبى لم يشرع إلا لمصلحة القاصر ـ ولا يحق لمن عداه أن يتمسك ببطلانه ومن حق الحائز أن يحاج (١) المالك الأصلى بهذا السند باعتباره سببا صحيحا مكسبا الملكية بالتقادم الخمسى .

وهذا هو الرأى الذى اتجهت اليه محكمة النقض(٢)المصرية فى حكم أصدرته بتاريخ ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ قائلة ما يأتى :-

« حيث ان الطـاعن قد ذهب فى مذكرته التكميلية إلى القول بأن القيـــد المفروض على الأوصياء بمقتضى المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية القـاضى بوجوب استئذان المجلس الحسبى هو قيد أملاه النظام العـام فاغفال هذا القيد يجعل تصرفات الوصى باطلة بطلانا جوهريا لاتصححها أجازة لاحقة »

« وحيث انه لو كان غرض الشارع ابطال تصرفات الوصى الوارد ذكرهـا فى المادة ٢١ المذكورة بطلانا جوهريا لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة لشراء الحقوق المتنازع عليهـــا بمعرفة القضـاة أو من فى حكمهم بينما انه على العكس من ذلك قد نص فى المواد ١٣١ و١٣٢ و٢٥٨ من القانون المدنى بمـا يستفاد منه ان هذا البطلان هو بطلان نسبى تلحقه الاجازة ـ هذا فضلا عن التفرقة التى أوجدها المشرع بين تلك التصرفات وبين التصرفات التى حرمهـا عليه قطعا وهى الوارد ذكرها فى المادة ٢٢ من لائحـــة المجلس الحسبى والتى يؤخذ منها ان الثانية هى الباطلة بطلانا جوهريا دون الأولى ولا يصححهـــا

---

(١) دى هلس نبذة ١١٩ استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ مج ٢٧ ٨٣ (٢) نقض ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية لاحمد بك عمر جزء ١ ص ١٣٢ رقم ٤٩

الاذن ابتداءا ولا الأجازة اللاحقة لا من الوصى ولا من المجلس الحسبى (١)

١٩ — العقد المشوب بالغلط - الغلط على نوعين غلط (٢) يجعل العقد باطلا بطلانا أصليا - كالغلط الواقع فى ماهية العقد كما لو أجر شخص عقارا لآخر واعتقد هذا الأخير انه مشتر لهذا العقار - ففى مثل هذه الحالة لا يكون هناك عقد ايجار ولا عقد بيع - وكل من العقدين باطل بطلانا مطلقا - ومن ثم فالغلط فى ماهية العقود لا يصلح أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

ومظهر ثانى للغلط يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا - وهو الغلط الواقع فى سبب الالتزام الناشىء عن العقد كما لو اعتقد الورثة ان مورثهم أوصى بنصيب شائع فى عقار لآخر ثم اتفق الورثة مع الموصى له بعد وفاة مورثهم على قسمة العين الشائعة بينهم حتى يأخذ الموصى له نصيبا مفروزا ثم يتضح بعد ذلك أن الوصية باطلة وان الموصى له لا يملك نصيبا فى العين - فمثل هذا العقد لا يصلح (٣) أن يكون سببا صحيحا لانعدام السبب الذى يقوم عليه العقد انعداما أصليا .

أما الغلط الذى يجعل العقد باطلا (٤) بطلانا نسبيا فيمكن تصوره فى حالتين غلط يقع فى مادة الشىء - كأن يبيع شخص لآخر أرضا زراعية فيتبين انها أرضا للبناء - فالعقد فى هذه الحالة يصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم

---

(١) بهذا المعنى بودرى وتيسييه نبذة ٦٧١ في التقادم حيث يقول .

Il ne faut pas étendre la disposition de l'article 2267 aux titres constatés par des actes irréguliers en la forme s'il s'agit d'actes non solennels ni aux titres simplement annulables la mullités résultât elle d'un vice de la forme comme il arriverait par exemple à l'égard d'une vente faite pour le compte d'un mineur sans l'accomplissement des formalités légales.

وبهذا المعني أيضا استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ مج ٢٧ـ ٨٣ و ٣٠ اكتوبر سنة ١٩١٧ مج ٣٠ـ٣ (٢) السنهورى بك نظرية العقد نبذة ٣٥١ نبذة ٣٤٤ (٣) بودرى وتيسييه في التقادم نبذة ٦٥٦ (٤) السنهورى بك نظرية العقد ص ٣٥٣ نبذة ٣٤٥ .

الخمسى قبل المالك الحقيقى لأن البطلان شُرّع لمصلحة المشترى الذى له وحده حق التمسك به .

وغلط يقع فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد كما فى عقود التبرع وبعض عقود المعاوضة كالشركة فاذا وقع الغلط فى شخص الموهوب له أو الشريك فهو عقد يصلح لأن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى قبل المالك الحقيقى لأن البطلان لم يشرع إلا لمصلحة من كان ضحية لذلك الغلط .

٢٠ — العقد المشوب بالاكراه — يقع الاكراه (١) على نوعين : اكراه يعدم الرضا واكراه يفسد الرضا .

ومثل الاكراه الذى يعدم الرضا . كمثل شخص يمسك بيد آخر ويجرى القلم فى يده بالتوقيع على عقد الأمر الذى تنعدم معه الارادة فيحيق بالعقد البطلان المطلق فلا يصلح أن يكون اداة سليمة للتملك بالتقادم الخمسى .

أما الاكراه الذى يفسد الرضا إلا انه لا يعدمه ولكنه يسلب الارادة فى رهبة كأن يخير انسان بين التوقيع على العقد أو أن يقع به العذاب فيختار لنفسه أهون الضررين .

فالعقد الذى يبرم على هذا النحو يعتوره البطلان النسبى — وبالتالى فهو يصلح لأن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

٢١ — العقد المشوب بالتدليس — كأن يوهم شخص شخصا آخر بأنه مالك للعقار موضوع التعاقد فينخدع هذا الآخر ويبرم العقد عن حسن نية غير عالم بما أعتور العقد من عيب فيقع البطلان لصالحه — ومن ثم فهو يصلح أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

٢٢ — وهناك مظهر آخر تنعدم معه الارادة فيصبح معه العقد باطلا بطلانا مطلقا . كما لو تعاقد الوكيل بصفته متجاوزا حدود وكالته وتصرف

---

(١) السنهورى بك نظرية العقد ص ٤١٩ نبذة ٤٠٠ .

فى عين لم يصدر له توكيل ببيعها من الأصيل الأمر الذى تنعدم معـــه ارادة هذا الأصيل . فيعد العقد باطلا بطلانا مطلقا . ولا يصلح لأن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى (1) .

وكذلك العقد الذى يبرمه شخص مع آخر منتحلا صفة الوكالة عن البائع الاصلى ولم يقدم دليلا ما عليها هو عقد باطل بطلانا اصليا ـ لانعدام ارادة الاصيل ـ ولا يصلح ان يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى (2)

ولا يمكن فى هاتين الحالتين القول بان الاجازة تزيل البطلان ـ لان العقد وقد ولد ميتا لانعدام ركن الرضا عند الاصيل فاصبح باطلا بطلانا اصليا ـ لا تصححه الاجازة اللاحقة .

ولكن اذا ما تصرف الوكيل بصفته الشخصية دون ادعائه صفة الوكالة او انتحالها فيعد السبب صحيحا ويجوز ان تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى وذلك مادام المتصرف اليه يجهل ما اعتور العقد من عيب وكان معتقدا انه تلقى الحق من مالك .

٢٣ ـ الوعد بالبيع ـ هل يمكن اعتباره سببا صحيحا ؟

اذا صدر الوعد بالبيع من جانب البائع وحده ولم يستعمل الموعود له حقه فى اختيار الشراء فلا ينعقد البيع ـ اذ لا يترتب على عقد الوعـــد سوى تعهد شخصى من جانب الواعد ـ فاذا ماوضع الموعود له يده على العين الموعود بها دون ان يظهر رغبته فى الشراء فلا يصح له اكتسابها بالتقادم الخمسى لانعدام السبب الصحيح .

ولكن يلاحظ انه اذا استعمل الموعود له حقه فى قبول الشراء وكان واضعا اليد على العين من قبل فلا يكون لهذا العقد اى اثر رجعى (3) بمعنى ان الموعود له لا يعتبر واضع اليد بمقتضى السبب الصحيح الا فى الوقت الذى تتلاقى فيـــه

---

(1) استئناف مختلط ١٦ فبراير سنة ١٨٩٦ مج ٨ـ٢٢ (2) استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩١٤ مج ٢٧ـ٢٨ (3) الهلالى باشا فى البيع نبذة ١٢٧ ص ٩٦

الارادتان وتحتسب مدة التقادم الخمسى من هذا التاريخ .

اما اذا كان الوعد بالبيع متبادلا اعتبر سببا صحيحا لتوافر اركان العقد وذلك عملا بالمادة ٩ ١٥٨ مدنى فرنسى التى تنص على ان الوعد المتبادل بالبيع والشراء يعتبر بيعا .

٢٤ — ولكن ما الحكم لو اشترى الوكيل الشيء المناط به بيعه فهل يعد عقده سببا صحيحا ؟ نصت المادة ٢٥٨ / ٣٢٥ مدنى مصرى على انه لايجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالاوصياء والاولياء والوكلاء المقامين من موكليهم ان يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة .

فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك البيع اذا كان فيه اهلية التصرف .

فالحذر الوارد فى هذه المادة ينصب على حرمان من أسندت اليه الوكالة بحكم القانون أو بحكم القضاء أو الاتفاق - أن يشترى لنفسه الأشياء المكلف ببيعها بمقتضى هذه الصفة - فلئن هو تعاقد مع نفسه واشترى ما هو مكلف ببيعه - فهل يعد هذا العقد سببا صحيحا مما يجوز الاحتجاج به قبل المالك الحقيقى حتى ولو لم يجزه الأصيل الذى تعاقد الوكيل باسمه ؟ الجواب بالايجاب .

لأن البطلان الذى اعتور العقد هو بطلان نسبي شرع لمصلحة الأصيل فطالما هو لم يتمسك به فيعد العقد سببا صحيحا ينفذ فى حق المالك الحقيقى مما يجوز أن تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى .

٢٥ — ويلاحظ ان المادة ٢٥٨ مدنى أهلى وان نصت على انه إذا حصل الشراء من الوكيل جاز التصديق على البيع من مالك البيع - الا ان عبارة أجازة التصديق على البيع من مالك البيع لا تنصرف فى معناها إلى الأجازة الصادرة من المالك الحقيقى - الذى يحتج ضده بالتقادم بل تنصرف الى الأجازة التى تصدر من الأصيل (١) الذى تعاقد الوكيل باسمه - فهو وحده

---

(١) بلانيول جزء ٢ نبذة ١٤٣٢

الذى يملك الأجازة ويصحح العقد من أثر البطلان اللاحق به .

ولعل المشرع المختلط كان أدق فى التعبير من الشارع الوطنى حيث نص صراحة فى المادة ٣٢٥ على ان أجازة البيع الذى يعقده الوكيل لنفسه تصدر من الأصيل الذى انعقد البيع لحسابه واليك النص :

Les mandataires légaux comme tuteurs ou curateurs et les mandataires conventionnels ne peuvent acheter le bien qu'ils sont chargés de vendre en cette qualité.

La vente pourra dans ce cas être ratifié par celui pour le compte duquel la vente a eu lieu s'il a la capacité d'aliener au moment de la ratification.

٣٦ ــ عقد المتعهد عن غيره

إذا ماتعاقد شخص مع آخر على أن يتعهد له بأن ينقل له ملكية عقار فى حيازة شخص ثالث ـ فهذا التعهد لايرتب سوى التزاما شخصيا فى ذمة المتعهد لايصلح لأن يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم ـ ولكن إذا إجاز (١) الحائز هــذا التصرف أعتبر العقد سببا صحيحا تكتسب معــه الملكية بالتقادم ـ ولكن لا يبدأ سريان هذه التقادم إلا من تاريخ الأجازة الصادرة من الحائز .

٣٧ ـ يتضح مما تقدم انه يجب التفرقة(٢) دائما بين العقد الباطل بطلانا مطلقا وبين العقد الباطل بطلانا نسبيا ـ فالأول منعدم الوجود قانونا ـ لا ينشىء حقاً ولا يرتب التزاما ويجوز للمحكمة أن تقضى ببطلانه من تلقــاء نفسها ومن ثم فهو لا يصلح أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو وان أعتوره عيب او شابه البطلان إلا أن مناط الفصل فى بطلانه موقوف على رغبة من شرع لمصلحته هذا البطلان فاذا ما تجاوز عنه فهو عقد سليم وسبب صحيح للتملك بالتقادم الخمسى .

---

(١) بودرى وتيسيه نبذة ٦٧٣ (٢) لوران ص جزء ٣٢ ص ٤١٧ نبذة ٣١٩ وبودري وتيسيه نبذة ٦٦٨ ص ٥١١ ـ استئنــاف مختلط ٨ ابريل سنة ١٩٠٣ مج ١٥ ـ ٢٥٤

الفصل الثانى

أن يكون العقد صحيحا شكلا

٢٨ – نص الشارع الفرنسى فى المادة ٢٢٦٧ مدنى فرنسى على ان العقد الباطل شكلا لا يصلح لأن يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم.

ولئن أغفل شارعنا هذا النص فى التشريعين الوطنى أو المختلط فهو على حق فيما ذهب اليه للاعتبارات الآتية :

(أولا) ان تعبير الشارع فى المادة ١٠٢/٧٦ مدنى باشتراط توافر السبب الصحيح لاكتساب الملكية بالتقادم اقطع فى التدليل بطريق الاستنتاج العكسى ان السند الباطل شكلا لا يصلح أن يكون بطبيعته أساسا للتملك بالتقادم.

(ثانيا) ان الشارع المصرى أورد فى القانون المدنى العقود التى يجب تحريرها رسميا على سبيل الحصر جاعلا الجزاء على مخالفة هذا الاجراء الشكلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

(ثالثا) ان الرأى الذى استقر عليه الفقه انه يشترط فى السبب الصحيح أن يكون بطبيعته ناقلا للملكية فيما لو صدر من مالك – وليس من شك ان العقد الباطل شكلا لا يرتب أى حق لأنه منعدم الوجود قانونا.

٢٩ – وتطبيقا لهذا تشترط المادة ٧٠/٤٨ مدنى على ضرورة تحرير الهبة فى عقد رسمى وإلا كانت باطلة – فلئن عمد المتعاقدان الى تحريرها فى عقد عرفى فهى باطلة بطلانا أصليا ولا يصلح العقد (١) أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى – لأنه فى ذاته لا ينهض وسيلة لنقل الملك فيما لو صدر من مالك.

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ١٩٠٥ – استئناف مصر ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة ٧ رقم ٩٧ ص ١٩٩ – المحاماه السنة السابعة عشر رقم ٥٣ ص ١٠٣

٣٠ - أما إذا لجأ المتعاقدان لستر الهبة فى شكل عقد من عقود المعاوضة فيمكن اعتبار العقد الساتر سببا صحيحا متى (١) توافرت صفات هذا العقـــد وعناصره اللازمة لاتمامه من حيث الظاهر .

وتطبيقا لهذا قضى بأنه إذا حررت الهبة فى شكل عقد بيـــع وظهر من ثنـايا العقد ما يكشف للمطلع عليه لأول وهلة نية التبرع - كما لو قرر البائع أنه وهب المشترى الثمن أو ابرأه منه فهى هبة صريحة فى غير شك وكان يجب تحريرها فى عقـــد رسمى - ومن ثم فلا يصح أن تكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى (٢)

٣١ - ولكن ما الحكم لو أجاز ورثة الواهب الهبـــة الباطلة شكلا ؟ هل هى تصلح لأن تكون سببا صحيحا للاحتجاج به قبل المالك الأصلى ؟ .

يرى بعض رجال الفقه (٣) ان عقد الهبـــة الباطل شكلا ليس منعدم الوجود قانونا بل هو باطل بسبب عدم استيفـاء الاجراءات الشكلية الواجب توافرها فى العقد الرسمى - وهذا البطلان لم يشرع الا لمصلحة ورثة الواهب - فاذا ما أجاز الورثة هذا العقد جاز اعتباره سببا صحيحا للاحتجاج به قبـــل المالك الحقيقى .

ثم يردف القـــول بأن المالك الحقيقى لا يستطيع أن يتمسك ببطلان هذا العقد لأنه لم يكن طرفا فيه - هذا الى ان احتجاج واضع اليد قبل المالك الحقيقى ليس مبناه العقد المكتوب Instrumentum بل قوامه السبب القانونى الذى يتخذه واضع اليد قواما لوضع يده بصرف النظـــر عما اذا كان المحرر مكتوبا أو غير مكتوب باطل كان أو غير باطل .

وهذا القول لم يجد من يعضده من رجال الفقه لأن البطلان هنا متعلق

(١) الدوائر المجتمعة اول مايو سنة ١٩٢٢ - المحاماه السنة الثانية رقم ١٦٠ ص٤٧٣ (٢) استئناف مصر ٢ نوفبرسنة١٩٣٨ المحـاماه السنة ١٩ رقم٣٨٦ص٩٥١ (٣) لوران ص ٤١٣ جزء ٣٢ وعكس هذا وبودرى وتيسييه نبذة ٦٦٩ ص ٥١٢

بالنظام العام ـ ويجوز لكل من له مصلحة التمسك به حتى ولو كان من الغير .

أما القول بأن واضع اليد لايستند فى وضع يده الى العقد المكتوب بل يستند الى السبب القانونى فهو قول مردود أيضا ـ لأن عقد الهبة العرفى (١) لا يصح اعتباره سببا صحيحا لأنه فى ذاته لا ينهض وسيلة لنقل الملك فيما لو صدر من مالك .

٣٢ ـ أما العقود غير الشكلية التى يجوز اثباتها فى محررات عرفية فلا تعتبر باطلة بطلانا مطلقا إذا جاءت معيبة من حيث الشكل أو لم تراع فيها البيانات التى حتمها القانون بل يجوز اعتبارها سببا صحيحا(٢) بالرغم من هذا العيب .

فمثلا نصت المادة الثالثة من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ على وجوب اشتمال المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها على أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم وكذلك محل اقامة الطرفين وعلى بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمرة القطع إذا كانت واردة فى قوائم فك الزمام وكذلك حدود مساحة القطع بأدق بيان مستطاع ـ فاذا ما أغفلت هذه البيانات جاز اعتبار العقد سببا صحيحا .

وكذلك أيضا إذا لم تذكر فى عقد البيع حدود العقار المبيع أو لم تحدد تحديدا دقيقا فهو يعد سببا صحيحا متى كان ظاهراً من نية الطرفين اعتبار العقار الموضوع اليد عليه هو موضوع العقد .

ويعد أيضا سببا صحيحا عقد البيع الذى يصدره وصى ببيع(٣) عقار لقاصر دون اجازة المجلس الحسبى .

---

(١) استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماه السنة ١٩ ص ١٠٣ رقم ٥٣ (٢) لوران جزء ٣٢ ص ٤١٥ نبذة ٣٩٤ ـ وبودري وتيسييه ص ٥١٣ نبذة ٦٧١ (٣) نقض مصري ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية لمحمود بك عمر جزء ١ ص ١٣٢ رقم ٥٩ .

وهذه العقود تعتـــبر جميعا سببا صحيحا بصرف النظر عما اعتورها من عيب[1] اذ لا يشترط في السبب الصحيح أن يكون ثابتا فى محرر مكتوب بل يجوز أن يكون شفويا اذ ليس للمحرر المكتوب اية قيمة قانونيه الا انه اداة لاثبات السبب الصحيح - ومن ثم فمهما اعتور العقد من عيب بسبب عدم استيفاء البيانات التى يجب توافرها فيه فلا يؤثر فى طبيعة السبب مالم يكن البطلان منصوص عليـــه قانونا - كحالة العقود الشكلية التى حتم الشارع ضرورة اثباتهـــا فى وجه رسمى والا كانت باطلة بطلانا مطلقا .

---

(١) لوران نبذة ٣٩٤ ص ٤١٥ - بودرى وتيسييه ص ٣١٥ نبـــذة ٦٧١ وأيضـا استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ مج ٨-١٠٣ .

الفصل الثالث

ان يكون محل العقد وسببه جائزا قانونا وغير مخالف للنظام العام

٣٣ - يشترط ايضا لصحة السبب ان يكون موضوع العقد مما يجوز التعامل فيه قانونا.

وتفريعا على هذه القاعدة لا يعد سببا صحيحا العقد الذى يتضمن بيع ملك من املاك الحكومة المخصصة للمنافع العامة والمنصوص عليها في المادتين ٩ و ١٠ / ٢٥ و ٢٦ مدنى مصرى.

اما اذا تضمن العقد بيع ملك من املاك الحكومة الخاصة التى يجوز التعامل فيها قانونا فيصح اعتبار العقد سببا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى.

٣٤ - وقد نصت المادة ٦٠٨ مدنى مختلط على انه لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنبيه أن يتصرف فى العقارات المذكورة فى التنبيه والا كان التصرف باطلا من تلقاء نفسه وبلا حاجة لحكم بذلك.

وتطبيقا لهذا يعد كل تصرف يقع على العقار المنزوع ملكيته باطلا بطلانا اصليا سواء صدر من مالك أو غير مالك ويجوز لكل من له مصلحة أن يتمسك بالبطلان - كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها (١) ومن ثم فلا يمكن اعتباره سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى ومن حق المالك الحقيقى كما من حق الدائن مباشر الاجراءات أن يدفع ببطلان هذا التصرف.

٣٥ - ولا يعد سببا صحيحا العقد المتضمن بيع عقار موقوف - لأن الوقف لا يجوز التبايع فيه أو التصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرف

---

(١) راجع استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٨٩٣ مج ٥ - ٣١٨ حيث قررت المبدأ الآتى :

une vente prohibé par la loi telle que celle d'une immeuble sous expropriation et frappé pour ce motif d'uné nullité radical ne saurait être considerée comme constituante un juste titre aux effets de la prescription quinquinale.

وكل تصرف يجرى فى حق الوقف فهو باطل .

ويقول المرحوم محمد زيد الابيانى بك فى هذا الصدد (١)

« الأصل فى الوقف عدم جواز بيعه لأن الوقف لازم على الصحيح
« فلا يصح تمليكه بالبيع وغيره من الأسباب الناقلة للملك لاستحالة تمليك
« الخارج عن التمليك ولا يصح رهنه لانه الغاء من جانب الراهن واستبعاد
« من جانب المرتهن »

وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض والابرام المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٧ ابريل (٢) سنة ١٩٣٨ بعدم جواز اعتبار العقد المتضمن بيع الوقف سببا صحيحا وانه يجوز انتزاع الوقف من يد أى شخص آل اليه حتى ولو كان حسن النية - إذ قالت ما يأتى :-

« ان القواعد الشرعية تقضى بوجوب المحافظة على أبدية الأموال
« الموقوفة لتبقى على حالها على الدوام محبوسة أبدا عن أى تصرف فيها بأى
نوع من أنواع التصرفات من بيع أو هبة أو رهن أو وصية أو توارث
« فالواقف وذريته وناظر الوقف والمستحقون فيه والمستأجرون والمستحكرون
« له وورثتهم مهما تسلسل توريثهم ومهما طال وضع يدهم بهذه الصفات
« لا يمتلك أيهم العين الموقوفه بالمده الطويله لا يقبل من أيهم أن يجحد الوقف
« أو أن يدعى ملكيته أو أن يتصرف تصرفا يخشى منه على رقبته سواء كان هو
« الواقف أو المتولى على الوقف أم المستأجر أم المحتكر أم أى شخص آخر
« آل اليه الوقف والا نزع الوقف من يده ولو كان - ما وقع منه قد وقع
« فى غرة أو عن سلامة نيه »

يستفاد من هذا الحكم انه قرر المبدأين الآتيين .

أولا - ان الوقف نظام اسلامى فيجب اتباع القواعد الشرعية بالنسبة له

---

(١) مباحث الوقف للمرحوم محمد بك زيد الابيانى ص ٢٩ (٢) مجموعة القواعد القانونية لمحمود بك عمر جزء ٢ رقم ١١٠ ص ٣٢٧

وهى تقضى بوجوب المحافظة على أبدية الأمـــوال الموقوفة لتبقى محبوسة على الدوام .

ثانيا ـ انه يجوز انتزاع الوقف من واضع اليد حتى ولو كان وضـــع يده مقرونا بحسن نية الأمر الذى يقطع بأن السبب الصحيح لا يصلح بحال أن يكون مكسبا لملكية الوقف بالتقادم الخمسى حتى ولو كان المتصرف اليه حسن النيه .

٣٦ – على انه وان كان لا يصـــح اكتساب ملكية الوقف بالسبب الصحيح ـ فانه من المستقر عليه فقها وقضاءا انه يصح اكتسابها بانقضاء ثلاثة وثلاثين عاما ـ وقد أقرت محكمة النقض والابرام المصرية هذا المبدأ قائلة (١)

« ان ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الاهمال فقط مدة ثلاث « وثلاثين سنة بل انها تستمر حاصلة لجهة الوقف مالم يكسبها أحد بوضع يده « ثلاثة وثلاثين سنة وضعا مستوفيا لجميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب « ملكية العقار بوضع اليد »

٣٧ – يستفاد مما تقدم ان هناك فارق بين وضع اليد المبنى على السبب الصحيح ووضع اليد الذى تكتسب معه الملكية بانقضاء ثلاثة وثلاثين عاما .

فالتقادم الخمسى لا يمكن أن يكون مكسبا لملكية الوقف لأنه يقوم على سند باطل بطلانا مطلقا لأن الوقف لا يجوز التعامل فيه قانونا أو التصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرف .

أما جواز اكتساب ملكية الوقف بانقضاء ثلاثة وثلاثين عاما فأساسه وضع اليد المبنى على الغصب إذا أغفلت جهة الوقف المطالبة به ولم يكن الوقف شاغرا وذلك طبقا لنص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على « ان القضاه ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنه مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها إلا فى

---

(١) مجموعة القواعد المدنية لمحمد بك عمر جزء ١ نقض ٣١ اكتوبر سنة ١٩٣٥ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ ـ و ٢٣ ابريل سنة ١٩٣٦ ـ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ و ١٠٩٨

الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنه مع التمكن وعدم العذر للشرعى »

٣٨ — ولا يعد سببا صحيحا العقد الذى يبرمه البائع اذا كان المشترى من موظفى المحاكم او المترافعين امامها كالقضاة او وكلاء النيابة او المحامين او الكتبه او المحضرين ـ اذا كانت العين موضوع العقد يدور حولها نزاع جدى وكان هذا النزاع من اختصاص المحكمة التى يعمل فى دائرتها احد هؤلاء المتصرف اليهم وذلك طبقا للمادة ٢٥٧ / ٣٢٤ مدنى التى تنص على ما يأتى .

« لا يجوز للقضاة او وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين « والافوكاتية ان يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم لا كلا ولا بعض من « الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون « فيها وظائفهم ـ فاذا وقع ذلك كان البيع باطلا »

« وفى هذه الحالة يكون البيع باطلا اصلا ويحكم ببطلانه بناء على طلب اى شخص له فائدة فى ذلك ويجوز للمحكمة ان تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها »

فالمستفاد من هذا النص ان العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يستطيع احد من هؤلاء المتصرف اليهم والمشار اليهم فى هذه المادة ان يحتج قبل المالك الاصلى بهذا العقد كسبب صحيح اذ من حق هذا المالك ان يتمسك ببطلانه كما أنه من حق المحكمة ان تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها لمخالفة العقد للنظام العام (١)

٣٩ — ويعد باطلا بطلانا اصليا كل تصرف يقع فى تركة انسان على قيد الحياة وذلك طبقا لنص المادة ٢٦٣/ ٣٣٢ مدنى التى تنص على ان « بيع الحقوق فى تركة انسان وهو على قيد الحياة باطل ولو برضاه »

ومن ثم اذا ما تصرف شخص فى تركة مورثه الذى لا يزال حيا فلا

---

(١) الميناء الجزئية اول مايو سنة ١٩٣٨ المحاماه السنة التاسعة عشر رقم ١٢٦ ص ٢٨٤ استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ مج ٢٦ـ١٢٣

يستطيع المتصرف له ان يتمسك بهذا العقد كسبب صحيح لاكتساب الملكية قبل الورثة بعد وفاة مورثهم - لان العقد باطل بطلانا اصليا ومن حق الورثة التمسك بهذا البطلان .

٤٠ — ويجب ان يكون سبب العقد مشروعا جائزا قانونا فعقد البيع اذا وقع (١) على منزل يريد المشترى ادارته للدعارة - وكان البائع عالما بقصد المشترى يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للآداب - ولا يستطيع المشترى ان يتمسك بهذا العقد كسبب صحيح قبل المالك الحقيقى الذى من حقه ان يتمسك ببطلانه

وكذلك ايضا لا يعد سببا صحيحا عقد الهبة الذى يعقده الواهب لخليلته اذا ثبت ان الباعث على هذا التبرع كان لايجاد علاقة غير شريفة ففى هذه الحالة يعد العقد باطلا بطلانا اصليا ولا يمكن الاحتجاج به قبل المالك الحقيقى

---

(١) السنهورى بك نظرية العقد ص ٥٧٠ نبذة ٥٤٦

الفصل الرابع

الا يكون العقد ظنيا أو وهميا أو صوريا

٤١ ـ العقد الظنى هو عقد خيالى منعدم الوجود قانونا لا يقوم الا فى ذهن واضع اليد الذى يعتقد عن حسن نية بوجوده متخذا منه سببا لوضع يده كما لو كلف الأصيل وكيلا له فى شراء عقار معين فيأتيه الوكيل موهما اياه انه اشترى له عقاراً باسمه فيضع الاصيل اليد عليه ظنا منه انوكيله قد أبرم العقد جديا مع البائع .

ولقد كان رجال الفقه الرومانى ورجال (١) الفقه الفرنسى القديم يعتبرون العقد الظنى سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم ـ ظنا منهم انه متى اعتقد حائز العقار بصدور عقد بيع لصالحه من البائع وكانت هذه العقيدة مقرونة بحسن النية فقد توافر السبب الصحيح .

الا ان هذه النظرية قد انتبذها رجال الفقه الحديث لانها معوجة الأساس ذلك ان رجال الفقه القديم خلطوا بين السبب الصحيح وبين حسن النية جاعلين منهما أمرا واحدا ـ فخيل اليهم انه لا يشترط وجود السبب الصحيح بل يكفى اعتقاد واضع اليد بوجوده عن حسن نية ـ حتى ولو كان منعدم الوجود قانونا ـ وهذه العقيدة الخيالية عندهم بمثابة سبب صحيح طالما قد رسخت فى ذهن واضع اليد معتقدا صحتها .

وقد فاتهم ان اشتراط السبب الصحيح أمر مستقل عن اشتراط حسن النية بحيث لا تكتسب الملكية إلا اذا توافر الشرطان معا وتحقق وجودهما القانونى جنبا الى جنب ومن ثم فيجب أن يكون السبب الصحيح جديا وحقيقيا وله وجود قانونى ـ وأن يكون فى ذاته اداة ناقلة للملكية فيما لو صدر من مالك له أهلية التصرف .

---

(١) بودرى وتيسييه نبذة ٦٨٨ و ٦٨٩ ـ لوران جزء ٣٢ ص ٤٢٢ ـ نبذة ٣٩٩ ـ بلانيول جزء ١ نبذة ٢٦٦٤

ثم يجب أن يتحقق الى جانب هذا حسن نية المتصرف اليه الذى يعتقـــد عن حسن نية خلو السبب من العيب وانه قد تلقى الملكية من مالك له أهلية التصرف.

فاذا ما انعدم السبب القانونى أو كان باطلا بطلانا أصليا فلا يجدى الأمر نفعا حتى ولو توافرت حسن نية واضع اليد.

وتطبيقا لهذا قضى بانه لا يستطيع واضع اليد التمسك بالتقـــادم الخمسى المكسب اذا كانت الحدود الواردة فى العقـــد غير منطبقة على حدود العقار الموضوع(١) اليد عليه - أو كانت حدود العقار الموضوع اليد عليه تزيد عن الحدود الواردة فى العقد ومن ثم فهذه الزيادة لا تكتسب بالتقـــادم الخمسى لانها تقوم على سند ظنى وانما تكتسب بمضى المدة الطويلة.

وقضى ايضا بأنه لا يستطيع واضع اليد (٢) الاحتجاج بحسن نيته ظنا منه انه كان يعتقد بوجود السبب الصحيح.

٤٢ - العقـــد الصورى - الصورية على اوضـــاع مختلفة وتبدو فى المظاهر الاتية:

١ - المظهر الاول الصورية المطلقة simulationa bsolue وهى تتنـــاول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة - وهذا النوع من الصورية لا يصلح لان يكون سببا صحيحا تكسب معه الملكية بالتقادم الخمسى لان العقد منعدم الوجود (٣) من الناحية القانونية.

٢ - الصورية النسبية بطريق التستر simulation relative par voie de deguisement وهى تتناول نوع العقد دون وجوده كهبة فى صورة عقد بيع.

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ مج ١٤ ص ٢٨٥ (٢) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٨ مج ٢٠ ص ٢١٢ - و ١٣ يونيه سنة ١٩١٢ مج ٢٤ ص ٤١١ و ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ مج ٢٣ - ١٩٣ - و ١١ يونيه سنة ١٩١٨ مج ٣ - ٤٦٧
(٣) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ مج ٣٧ - ٢٣٩

العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صورى . والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقى ويكون الغرض من الصورية عادة الهرب من رسمية العقد فيما لوظهرت الهبة فى ثوبها الحقيقى .

وهذا النوع من الصورية يصلح لأن يكون سببا صحيحا [1] متى كان العقد الساتر مستوفيا لجميع مظاهره الشكلية حتى يخيل لأول مطلع عليه انه حقيقة عقد بيع .

٣ – ومظهر ثالث من مظاهر الصورية وهى الصورية النسبية [2] بطريق المضاده simulation relative par voie de contre lettre وهى لا تتناول وجود العقد أو نوعه بل ركنا أو شرطا فيه كعقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من ثمنه الحقيقى لتخفيف رسوم التسجيل أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقى منعا من الأخذ بالشفعة .

وهذا النوع من الصورية يصلح أيضا أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى لأن للعقد وجود قانونى .

---

(١) راجع استئناف مصر المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٢ ص ١٤٩ (٢) بنى سويف الابتدائية ٨ فبراير سنة ٨٢٩ المحاماه السنة التاسعة رقم ٣١٩ ص ٥٢٤
(٣) السنهورى بك نظرية العقد ص ٨٢٨ نبذة ٧٥٣

الباب الثانى

أن يكون السبب الصحيح ناقلا للملكية

الفصل الاول

---

٤٣ — يشترط فى السبب الصحيح ان يكون بطبيعته ناقلا للملكية او للحقوق العينية فيما لو صدر من (١) مالك - ومن ثم فيعد عقد البيع وعقد المقايضة والهبة والوصية وتقديم حصة فى الشركة والوفاء بمقابل والعقود المنشئة لبعض الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية التى يمكن وضع اليد عليها بصفة اصلية مستمرة وظاهرة كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق السكنى سببا صحيحا تكتسب معها هذه الحقوق بالتقادم الخمسى .

٤٤ — اما الحقوق العينية التبعية كعقد الرهن التأمينى والرهن (٢) الحيازى وحق الامتياز وحق الحبس فهى حقوق لايجوز اكتسابها بالتقادم - لانها تكفل التزاما اصليا تتبعه وجودا وعدما - ومن طبيعة الالتزامات والحقوق الشخصية انه لايجوز اكتسابها بالتقادم

٤٥ — وكذلك ايضا لاتكتسب ملكية المنقول بالتقادم - الخمسى لان للمنقولات حكم خاص اساسه ان الحيازة فى المنقول سند الملكية - ومن ثم فيجب الاهتداء بنوره عند النزاع فى أمر ملكيتها .

٤٦ — ولا تعد سببا صحيحا العقود التى لا ترتب الا التزامات شخصية

---

(١) بودرى وتيسيه نبذة ٥٥٦ - لوران نبذة ٣٩٦ جزء ٣٢ (٢) راجع استئناف مختلط ١٦ نوفبر سنة ١٩٠٨ مج ٢١ ص ٣١ حيث قرر المبدء الآتى :

.. un contrat de gage immobilier ne constitue pas entre les mains du creancier gagiste un juste titre pouvant servir de base à la prescrption quinquenale.

كعقد الايجار والوديعة والعارية لانها ليست بطبيعتها ناقلة للملكية .

وكذلك أيضا العقود أو الأحكام المقررة للملكية كعقد القسمة والصلح لانها ترجع فى أصلها الى السبب الأصلى الذى هو أساس الحق الذى استمدت منه هذه العقود - وذلك على التفصيل الذى سنورده بعد .

٤٧ - ويشترط فى السبب الصحيح(١) أن يكون صادرا من غير مالك - فلئن هو صدر من مالك فلا يعدسببا صحيحا ولا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى - لان حكمة التقادم الخمسى أساسها اكتساب الملكية عن طريق وضع اليد فى أجل قصير لاعتبارات عملية قامت فى ذهن المشرع قوامها الرفق بمن تعاقد فى حسن نية مع غير مالك وكان غير عالم بما اعتور العقد من عيب يمس صميم ملكية المتصرف فكان حسن النية شفيعا فى انقاص مدة وضع اليد الى خمس سنوات بدلا من خمس عشرة عاما متى كان مؤيدا بسبب صحيح يبدو فى ظاهره انه ناقل للملكية .

ويترتب على قاعدة وجوب اشتراط صدور السبب الصحيح من غير مالك النتائج العملية الآتية :-

٢٨ - النتيجة الأولى - تصرف قاصر فى عقار مملوك له فلا يستطيع المتصرف اليه أن يجعل من هذا العقد سببا صحيحا تكتسب معه الملكية - بالتقادم الخمسى قبل القاصر ذلك ان العقد وقد صدر من مالك فهو صحيح بذاته لنقل للملكية - وكل ما هنالك ان المالك قاصر فاعتور العقد البطلان النسبي الذى شرع لمصلحة القاصر وهو لايزول الا بعد انقضاء خمسة عشر عاما من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد .

---

(١) استئناف مصر ١١ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماه السابعة عشر رقم٥٣ ص١٠٣

وقد اقرت محكمة مصر الابتدائية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ مارس[1] سنة ١٩٠٦ هذا الرأى قالت مايأتى :

« حيث ان اكتساب الحقوق بمضى خمس سنين « مشروط بحسن النية والسبب الصحيح .

« وحيث ان السبب الصحيح هو العقد الذى ينتقل به « الحق الى متلقيه لو كان المتعاقد معه مالكا له حقيقة .

« وحيث ان الاحتجاج بمضى المدة انما يجوز لمتلقى « الحق من غير مالك ضد المالك الحقيق أما اذا كان « العقد صادرا من هذا الأخير فهو اما صحيح ناقل « للملكية بذاته من ساعته واما باطل أو مشوب بما « يبطله فيبقى محله معلقا على زوال سبب البطلان .

« وحيث ان تصرف القاصر فى أمواله ليس بجائز إلا « إذا أقره بعد بلوغ رشده وله الحق فى طلب ابطاله .

« وحيث ان حق اقامة الدعوى لا يسقط إلا بمضى « خمس عشرة عاما وتبتدىء هذه المدة بالنسبة إلى « القاصر من يوم بلوغه رشده .

« وحيث انه لم يمض على بلوغ رشد المستأنفين « البائعين خمس عشرة سنة فحقهما فى طلب ابطال « البيع المنسوب اليهما لا يزال قائما .

« وحيث ان المشترى غير محق فى الاحتجاج عليهما « بمضى المدة المقررة قانونا لاكتساب الحقوق فى « حالة توفر الشرطين حسن النية والسبب الصحيح « لأن الشرط الآخير مفقود اذ الخلف واقع بين المالك

---

(١) مصر الابتدائية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ ص ٥٧

« الحقيقي وبين الذى تعاقد معه فالعقد وجـــد قابلا
« للبطلان ولا يزول عيبه إلا بمضى خمسة عشر عاما
« كما تقـــدم »

٤٩ ـ النتيجة الثـانية ـ باع قاصر عقـــارا غير مملوك له فيجـــوز لمن صدر له العقد ان يتمسك بالتقادم الخمسى قبـــل المالك الحقيقي ولا يستطيع هـذا الاخيران يتمسك ببطلان العقد لصدوره من قاصر ـ لان حكمة البطلان لم تشرع الا لمصلحة القاصر الذى له وحده دون سواه حق التمسك به .

هذا الى ان العقد وقد صدر من غير مالك فهو لا يصلح لان يكون فى ذاته اداة لنقل الملكية لان الملكية فى هذا الصدد انمـا تـكتسب عن طريق وضع اليد على العقار لا عن طريق العقد ـ وكل ما فى الامر ان كان هذا العقد شفيعا لانقاص المدة الى خمس سنوات بدلا من خمسة عشر عاماً (١)

٥٠ ـ النتيجة الثـالثة ـ تنازع مشتريان ملكية عقـــار آل اليهما بعقدين مختلفين من مالك واحد ـ لم يسجل أولهما عقـــده ولـكنه وضع اليد على العقار ـ وسجل الثـانى عقده ولـكن لم يضع يده على العقـــار ـ فهل يستطيع الأول أن يتمسك قبل الثانى بالتقادم الخمسى ؟

هذه المسألة لا تحكمها المادة ٧٦/١٠٢ مدنى انمـــا يحكمها قانون التسجيل ـ إذ الأفضلية عنـــد تزاحم

---

(١) مرجع القضاء نبذة ٣٧٣ ـ الحقوق اسكـندريه الاهليه ٢٠ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٨

المشترين من مالك واحـــد بالتسجيل - ولا تجدى نظرية السبب الصحيح نفعا مع أحكام قانون التسجيل لأن البائع عندما أصدر العقدين كان مالكا للعقار .

ويروق لنا أن نأتى بأسباب الحكم الذى أصـــدرته محكمة طنطا الكليـــة بتاريخ (١) ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ مؤيدة هذه النظرية بقولها ما يأتى :-

« حيث ان كل مثار النزاع وموضوع الفصـــل فى « الدعوى هو المفاصلة بين عقـــدى البيع الصادر « أحدهما الى مورث المستأنف والآخر الى المستأنف « عليه الأخير وكلاهما صادران من المستأنف عليهما « وحيث ان المفاصلة يجب بداهة أن تحصل فى حيز « تطبيق قانون التسجيل بحكم صدور العقدين من « بائع واحد .

« وحيث ان عقد المستأنفات هو بيع غير مسجل فى « حين ان عقد المستأنف عليه الأخير هو المسجل .

« وحيث ان دفع المستأنفات من جهة تملكهن الاطيان « موضوع عقدهن بوضع اليد المدة القصيرة المكسبة « للملكية هو دفع أقل ما يقـال عنه انه غير مفهوم « فان من المبادىء الأوليـــة فى القانون انه لا يصح « التمسك بوضع اليد المكسب للملكية المدة القصيرة « إلا لمن تلقى الملك من غير مالك بحسن نية فهو بحكم

(١) طنطا الكلية ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماه السنة الحادية عشرة رقم ١٠٢ ص ١١٦ - وايضا استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ - وايضا الاقصر الجزئية ٢٤ يناير سنة ١٩٣١ المحاماه السنة الثانيـة عشر رقم ٥١٨ ص ١٠٣٨ - والفشن الجزئية المحاماه السنة الثالثة عشرة رقم ٥٧٣ ص ١١٤٩ .

« العيب فى عقده يحتاج الى وضع اليد لتصحيح هذا
« العيب اما من تلق الملكية من المالك كالمستأنفات
« فان عقده كفيل بنقل الملكية اليه بطبيعته فاذا قصر
« فى ذلك لنقص فى الشكايات التى يتطلبها القانون
« وما إلى ذلك فلا يمكن تصحيح هذا النقص بوضع
« اليد المدة القصيرة بل لذلك اجراءات أخرى »

٥١ ـ الفرض الرابع ـ اقام شخص مبانى على ارض مملوكه للغير . ثم باع الارض بما عليها من البناء ـ فيعد هذا العقد سببا صحيحا تكتسب معه ملكية الارض بالتقادم الخمسى يخول للمشترى الاحتجاج به قبل المالك الحقيق ـ اما إذا اقيمت المبانى على ارض موقوفة (١) محكرة ثم باع مالك المبانى الأرض بما عليها من البناء ـ فلا يستطيع المشترى أن يتمسك بالعقد كسبب صحيح قبل جهة الوقف لان الوقف لا يجوز التبايع فيه أو التصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرف ولا يصلح العقد المتضمن بيع الأرض الموقوفة أن يكون سببا صحيحا لمنافاة هذا التصرف لأحكام الشريعة الغراء « راجع بند ٣٥ ـ ٣٧ »

على ان هذا لا يمنع واضع اليد من اكتساب ملكية الأرض بانقضاء ثلاثة وثلاثين عاما قبل جهة الوقف متى ظهر بمظهر المالك للارض .

٥٢ ـ ويشترط فى السبب الصحيح أن يكون منجزا وأن يكون بطبيعته أساسا صالحا لوضع اليد فلئن كان العقد معلقا على شرط موقف ـ فهو لا يصلح

---

(١) مجموعة القواعد القانونية لمحمود بك عمر جزء ١ نقض ٣١ اكتوبر سنة ١٩٣٥ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢

أن يكون سببا صحيحا يخـــول للمتصرف اليه حق وضع اليد قبل تحقق الشرط لانه يعد فى منزلة الغاصب الواضع اليد بدون سبب قانونى .

أما إذا تحقق الشرط وكان واضعا اليد من قبل (١) فلا يستطيع أن يطلب احتساب مدة وضـــع اليـــد السابقة على تحقق الشرط لأن وضع يده فى هـــذه المدة لم يكن مبنيا على سبب صحيح ـ اذ ليس العقد هـــو الذى ينقل اليـــه الملكية حتى يكون له أثرا رجعيا انما الملكية تنتقـــل اليه عن طريق وضع اليد المـــؤيد بالسبب الصحيح ـ فاذا ماكان هـــذا السبب غـــير محقق الوجـــود بسبب تعلق الشرط فلا عـــبرة بمدة وضع اليد السابقة على تحقق الشرط .

أما إذا كان العقـــد معلقا على شرط فاسخ فهو يصلح (٢) لأن يكون فى ذاته ناقلا للملكيـــة فى الحـــال ـ ومن ثم فيصح اعتباره سببا صحيحا طالما لم يتحقق الشرط الفاسخ ـ ولكن إذا ما تحقق الشرط قبـــل انقضاء مدة التقادم فقد أصبح العقد منعدم الوجود قانونا وزالت صفـــة السبب الصحيح ـ واعتبر المتصرف اليه بمثابة الغاصب .

أما إذا تمت مدة التقادم وتحقق الشرط بعد انقضـائها فقد فاز واضع اليد بالملكية وأصبح تحقق الشرط أو عدم تحققه لا يجدى نفعـــا ازاء هذا الحق المكتسب .

---

(١) دى هلس بند ١٢٤ ـ بودرى وتيسييه بند ٦٧٢ ـ لوران جزء ٣٢ بند ٣٩٣ ـ بلانيول جزء ١ بند ٢٦٦٣ (٢) نقض مدنى مجموعة القواعد القانونية لمحمود بك عمر جزء ١ ص ١٣١ رقم ٥٨ . وايضا استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ مج ١١ ص ٢٩٧ حيث قرر هذا الحكم ان عقد البيع الوفائى وهو عقـد معلق على شرط فاسخ يصلح لان يكون سببا صحيحا اذ قرر ما يأتى :

La condition resolutoire contenue dans la vente à remeré ne tient pas en suspens l'obligation l'acte de vente peut donc servir de juste titre pour la prescription de cinq ans.

٥٣ - ولئن كان يشترط فى سند المتصرف اليه توافر جميع شروط العقد الناقل للملكية حتى يمكن اعتباره سببا صحيحا للاحتجاج به قبل المالك الحقيقى الا انه ليس (١) من الضرورى ان تتوافر هذه الشروط فى سند المتصرف الذى تلقى عنه المتصرف اليه هذا الحق - اذا يستوى الامر سواء كان عقده منعدم الوجود قانونا كما لوكان غاصبا او حائزا عرضيا او غير عرضى اوواضع يده بسوء نية أو بحسن نية اوكان سنده ظنيا او وهميا او صوريا اوكان معلقا على شرط موقف او شرط فاسخ باطلا كان او مشوبا بالبطلان اذ كل هذه العيوب اللاحقة بذات سند المتصرف والتى تؤثر فى كيانه القانونى لا تؤثر فى سند المتصرف اليه ولا تلحق به عيبا يبطله وذلك متى توافرت فيه شروط السبب الصحيح وكان المتصرف اليه معتقدا فى حسن نية ان عقده ناقلا للملكيه بطبيعته وانه كان يجهل ماأصاب ملكية المتصرف من عيب وما اعتورها من بطلان .

وتطبيقا لهذا يعد سببا صحيحا عقد البيع الذى يبرمه الموهوب له مع المشترى ببيع الشيء الموهوب حتى ولوكان عقد الهبه باطلا او تقرر بطلانه بسبب عدم افراغه فى عقد رسمى .

ويعد سببا صحيحا ايضا عقد البيع الذى يعقده المشترى مع البائع اذا انفسخ عقد هذا الاخير بسبب عدم قيامه باداء (٢) الثمن للبائع له .

ويعد سببا صحيحا عقد البيع الذى يبرمه المشترى مع البائع له الذى قضى ببطلان عقده لانه كان فى ظاهره عقد بيع وفائى مقصود به اخفاء رهن وذلك طبقا للمادة ٣٣٩/٤٣٣ مدنى مصرى .

ويعد سببا صحيحا العقد الذى تلقى به المشترى ملكية الشيء المبيع من مشتر وفاء انفسخ عقده بسبب استعمال البائع حقه فى استرداد الشيء المبيع فى الأجل

---

(١) بودرى وتيسييه نبذة ٦٥٦ - لوران جزء ٣٢ ص ٤٢٠ نبذة ٣٩٦ دى هلس نبذة ١٢١ (٢) نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ داللوز العملى ٨٠

المحدد له فى عقد البيع الوفائى .

فانت ترى من هذه الأمثلة ان سند المتصرف كان فى الحالة الأولى باطلا بطلانا أصليا لأنه تضمن هبة وكان يجب صياغتها فى عقد رسمى .

وكان سند المتصرف فى الحالة الثانية مفسوخا لانه لم يقم باداء الثمن للبائع له

وكان سند المتصرف فى الحالة الثالثة باطلا لأنه ينطوى على عقد بيع وفائى يخفى وراءه عقد رهن

وكان سند المتصرف فى الحالة الرابعة مفسوخا لأنه صادر من مشتر وفاءا انفسخ عقده بسبب استعمال البائع وفاءا حقه فى استرداد الشيء المبيع فى الأجل المحدد فى عقد البيع الوفائى .

ولكن على الرغم مما أصاب عقود هؤلاء المتصرفين من بطلان أو ما اعتورها من انحلال بسبب فسخها فهذا لا يؤثر فى عقود المتصرف اليهم الذين يحق لهم الاحتجاج قبل المالك الحقيقى بالتقادم الخمسى متى كانوا حسنى النية .

على أنه لا يستطيع المالك الحقيقى أن يحتج ببطلان عقد المتصرف حتى ينال من عقد المتصرف اليه أو يزعزع من قيمته - لأن المتصرف اليه ليس خلفا خاصا للمتصرف بالمعنى القانونى - لانه وان تلقى عنه العقد الا انه لم يتلق عنه حق الملكية فلم يكن العقد سببا مباشراً فى نقل الملكية اليه لصدوره من غير مالك لأن المتصرف اليه اكتسب الملكية بوضع اليد المقرون بالسبب الصحيح المبنى على حسن النية .

وهذه العوامل جميعاً أوجدت حالة قانونية خاصة هى التى أكسبت المتصرف اليه حق الملكية .

٥٤ - على ان محكمة النقض والابرام الفرنسية (١) اتجهت حينا من الوقت فى بعض أحكامها الى القضاء ببطلان سند المتصرف اليه متى كان سند المتصرف

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ اغسطس سنة ١٨٧٧ سيرى ١٠٧٨ - ١٤٥ وتعليقات العلامة لابيه

باطلا معللة رأيها بأن المصرف إليه ليس الا خاصا للمتصرف - فلئن كان سند السلف باطـــلا لاستتبع الأمر بطلان سند الخلف - لأنه لايجوز لمن تلقى الحق أن يكون له من الحقوق أكثر من ناقل هذا الحق ومن ثم فقررت بأنه لا يعد سببا صحيحا عقـــد البيع الذى أبرمه المرهوب له مع المشترى متى كانت هبته باطلة أو تقرر ببطلانها .

وكان للعلامة لابيه نصيب وافر فى تأييد هذا الرأى وتحبيذه - فهو يرى أن نظرية السبب الصحيح لاتنطبق إلا فى حالة صدور التصرف من غـــير مالك أما إذا صدر من مالك وكان عقده باطلا أو مفسوخا فهو أمر يستتبع بطلان سند الخلف لأنه ليس له من الحقوق أكثر مما كان لسلفه

والظاهر ان القضاء المختلط لم يستقر على حال فى هذا الأمر - فهو قـــد شايع قضـــاء محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحـــكامه - فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصـادر (١) بتاريخ ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ بأن المشترى من الراسى عليه المزاد والمستحق عليه ثمن البيع ومترتب عليه بنـاءاً على تسجيل حكم مرسى المزاد حق امتياز البائع لصالح المدين المنزوع ملكيته أو دائنيه بالنيابة عنه لا يتملك حقوقا أكثر من حقوق البائع والمالك بشرط فاسخ فى حالة عـــدم دفع ثمن مرسى المزاد وعليـــه لا يحق لهذا المشترى أن يتمسك سواء ضد المدين المنزوع ملكيته أو ضد دائنيه بالسبب الصحيح .

٥٥ — على ان هذا الرأى لم يلق من يحبذه من رجال الفقه الحديث - فيرى العلامة (٢) لوران يحق ردا على نظرية محكمة النقض الفرنسية انه ان قيل بوجوب حصر السبب الصحيح فيمن تلقى الملكية من غير مالك فليس من شك ان من تلقى الملكية من موهوب له - وكان عقد الهبة باطلا او مشوبا بالبطلان هو الآخر قد تلقى الملكية من غـــير مالك لأن بسند الموهوب له

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماه السنة السابعة عشر ص ٧٠٢ بندرقم ٣٤٣ (٢) راجع لوران ص ٤٢٠ نبذة ٣٩٦ وبهذا المعنى رأى بودرى وتيسييه نبـــذة ٦٥٦ ص ٥٠٤

منعـــدم الأساس - وأيضا من تلقى الحق من شخص مالك تحت شرط فاسخ فانفسخ العقـــد بتحقق الشرط هـو الآخر قـــد تلقى الحق من غير مالك بمجرد تحقق الشرط مما يجوز له الاحتجاج قبل المالك الحقيقى بالتقادم الخمسى .

٥٦ . على ان محكمة النقض الفرنسية تأثرت برأى رجال الفقه فعدلت عن رأيها الأول فى حكمها الصـــادر بتاريخ (١) ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ متمشية مع رأى الفقه الحديث - إذ قضت بأنه إذا باع الراسى عليه المزاد عقارا ولم يقم بأداء ثمنه جاز للمشترى اعتبار العقد الصادر له من الراسى عليـــه المزاد سببا صحيحا تـكتسب معـــه الملكية بالتقـــادم قبل المالك الحقيـــقى فيما لو انفسخ حـــكم مرسى المزاد بسبب عدم قيـــام الراسى عليه بدفع الثمن الى المالك الحقيقى .

وها هو المبدء الذى قررته هذه المحكمة :

Dans la vente forcée comme dans la vente volontaire la condition du paiement du prix n'est suspensive mais resolutoire et que par suite lorsque l'adjudicataire qui n'a pas payé le prix, revend à un tiers l'immeuble à lui adjugé cette revente constitue en faveur de tiers acheteur s'il est de bonne foi un juste titre encore que le contrat enoncerait que le vendeur avant acquis par adjudication sur saisi immeubilicre dont il a operé la revente.

على ان قضاء محكمـــة الاستئناف المختلطـــة لم يكن مستقرا على رأى واحد - فقضت هذه المحكمة بتاريخ ٤ يناير (٢) سنة ١٩٢٧ بأن الشرط الذى يقرر عدم امكان التصرف فى العقار المبيع حتى تمام الوفاء بباقى الثمن هو شرط صحيح ليس فيه ما يخالف النظام العام ولا الآداب الحسنة - وهذا الشرط يجعل كل تصرف مخالف لنصه مشوبا بالبطلان - ومع ذلك فمن تلقى

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٨٠٨ (٢) استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ مج ٣٩ ص ٧٢٤

الحق من مشتر عن مشترى العقار يجوز له أن يدفع ضد البائع الأصلى بالتقادم الخمسى إذا وجد سبب صحيح وحسن نية .

٥٧ — هل يعتبر بيع الشريك على الشيوع لجزء مفروز معين من الأموال المشاعة سببا صحيحا ؟

تناولت محكمة النقض والابرام المصرية بحث هذا الأمر فى حكمها الصادر بتاريخ ١٦ يونيه (١) سنة ١٩٣٢ - فقررت بأن هذا العقد يعد سببا صحيحا مكسبا للملكية فيما لو وضع المشترى يده على الشىء المبيع مدة خمس سنوات - مستندة فى هذا الى انه ليس للشريك فى المال الشائع أو من تلقى الملك من شريك على الشيوع أن يدعى الاستحقاق فى المبيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع البيع فى نصيبه هو لا فى نصيب بائع ذلك المشترى وكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقا لأوانه خليقا أن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو رفضه .

« وبما ان بيع الشريك على الشيوع جزءا مفروزا محددا ينقل الملك بطبيعته ولذاته بصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه فهو صالح إذن لأن يكون سببا صحيحا لتمليك المبيع بالتقادم متى توافر عند المشترى شرط حسن النية »

وانت ترى من هذا الحكم انه حرّم على الشريك المشتاع رفع أى دعوى ببطلان هذا البيع قبل ظهور نتيجة قسمة المال الشائع - ومن ثم فيعد العقد المبرم فيما بين البائع والمشترى عقد معلق على شرط فاسخ وهو ظهور نتيجة القسمة - فاذا ما وقع الشىء المبيع فى نصيب الشريك البائع فقد انتقلت الملكية للمشترى بمقتضى هذا العقد - أما إذا وقع المبيع فى نصيب شريك آخر فقد أصبح العقد مفسوخا .

وغنى عن البيان انه متى تقرر اعتبار العقد معلقا على شرط فاسخ - فهو

---

(١) نقض ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية لمحمود بك عمر جزء ١ رقم ٨ ص ١٣١ - وحكم آخر لمحكمة النقض ٢٣ ابريل سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ رقم ١٥٢

يصلح لأن يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسي - فاذا ماوضع المشترى يده على النصيب المفرز واستمر خمس سنوات قبل أن تتم نتيجة القسمة وقبل أن يقع الشيء المبيع فى نصيب أحد الشركاء المشتاعين فقد انتقلت الملكية اليه بمقتضى السبب الصحيح - فلا يستطيع هذا الشريك أن ينازعه أمر الملكية .

٥٨ - الميراث هل يمكن اعتباره سببا صحيحا ؟

الجواب بالنفى - لأن الوارث ليس الا خلفا عاما لمورثه يتلقى عنه التركة محملة بجميع مالها من الحقوق وماعليها من التزامات - فاذا مالحق بملكية المورث عيب فلا يزول هذا العيب بوفاته بل [1] يحتور ملكية الوارث ويلحق بها .

فاذا ماكان المورث واضعا يده على عقار بدون سبب وكان سيء النية عند بدء وضع يده فلا يستطيع الوارث أن يكتسب الملكية بالتقادم الخمسى - حتى ولو كان هو حسن النية وكان يعتقد فى مورثه حسن النية - منذ بدء وضع اليد أيضا لأن - وضع يده لم يكن الا مكملا لوضع يد مورثه .

أما اذا كان المورث حسن النية وكان بيده عقد عند بدء وضع يده فيستطيع الوارث أن يتمسك بالتقادم الخمسى ويحتسب مدة وضع يد سلفه ولكن يلاحظ انه اذا باع أو أوصى المورث لأحد ورثته عقارا معينا غير مملوك له وكان الوارث حسن النية معتقدا صحية ملكية مورثه فيعد هذا العقد الصادر من المورث سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى إذ الملكية هنا تكتسب بالسبب الصحيح لا بالميراث .

على ان بعض رجال الفقه القديم كانوا يعتبرون مجرد حسن نية الوارث واعتقاده عند بدء وضع يده على عقار معين انه مملوك لمورثه كاف لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى . ظنا منهم ان حسن النية كاف لاكتساب الملكية . وقد فاتهم ان حسن

---

(١) بودري وتيسييه نبذة ٦٥٨ .

النية لا يكفى لاكتساب الملكية بالتقادم إذ يجب أن يتوافر السبب الصحيح الى جانب حسن النية - فاذا كان أساس وضع اليد الميراث فلا يمكن اعتباره سببا صحيحا - وبالتالى يعتبر الوارث بمثابة المتمسك بعقـــد ظنى لا يصلح فى ذاته لأن يكون سببا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى .

الفصل الثانى

العقـــود المقررة للحقوق

ومتى تعتبر سبباً صحيحاً

٥٩ ـ القسمة : قرر الشارع الوطنى فى المـــادة ٤٥٧ مدنى بأن كل حصة وفت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائمـا ملكا له قبل القسمة وبعدها ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت .

وقد أفصح هذا النص فى وضوح ودقة بأن القسمة مقررة للحقوق وكاشفة لها وليست لها منشئة ـ أو ناقلة ـ وهو يتمشى أيضا فى روحه ومعناه مع نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى التى قررت .

Chaque coheritier est Censé avoir succedé seul et immediatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui echns sur licitation et n'avoir jamais eu la proprieté des autres effets de la successiou.

أما التشريع المختلط فهو على عكس التشريعين الوطنى والفرنسى ـ يعـــد القسمة منشئة للحقوق وناقلة لها إذ جعلها فى مرتبـة البيع سواء بسواء ـ وذلك كما هو ظاهر من قوله فى المادة ٥٥٥ مدنى مختلط ما يأتى :

قسمة المال عينا تعتبر بمثابة بيع كل مالك لحصته الشـائعة لمن وقعت فى نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع .

Le partage en nature vaudra vente de chacun des coproprietaires pour sa part indivise à lui qui aura acquis le lot et entrainera les mêmes effets.

على أنه رغم هذا النص فلم يتقيد به القضـاء المختلط متمشياً مع التشريع الفرنسى فعـــد القسمة مقررة للحقوق (١)

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سـنة ١٩٢٨ مج ٤٠ ص ٢٥٠ ـ ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ مج ٣٨ ـ ٢٣٨

ولعل الشارع المصرى قد أدرك فساد النص المختلط وعدم انسجامه مع القضاء المختلط نفسه فنص فى المادة الثانية من القانون رقم ١٩ سنة ١٩٢٣ - وهو قانون التسجيل الذى يعمل بمقتضاه فى المحاكم المختلطة - على أن القسمة مقررة للحقوق وليست منشئة لها - وهو بهذا قد أصلح الماده ٥٥٥ الى حد ما .

٦٠ - وتفريعا على ماتقدم - لاتعتبر القسمة اتفاقية كانت او قضائية سببا صحيحا لانها بطبيعتها غير ناقلة للملكية - ان هى الا انهاء لحالة الشيوع التى كانت قائمة فيما بين الشركاء - يستطيع كل شريك بعدها ان يضع يده على نصيبه مفرزا بعد ان كان شائعا يستحيل عليه الانتفاع به على حده - ومن ثم فهى لم تغير من جوهر سند الملكية الاصلى الذى هو اساس الملكية الشائعة بل كل ماترتب على القسمة هواستبدال النصيب الشائع بنصيب مفرز مع بقاء سند التمليك الاصلى قائما - الذى هو الاساس الذى تولدت عنه الملكية

فاذا ماوضع احد الشركاء يده على حصه مفرزة كنتيجة للقسمه فهى وحدها لاتنهض سببا صحيحا ولكنها تصلح لان تكون سندا ظنيا(١) والسند الظنى غير خليق بان يسمو الى مرتبة السبب الصحيح كما بينا .

واذا تقرر عدم امكان قسمة(٢) العقار عينا ثم طرح للبيع فى المزاد العلنى ليخلص الشركاء من حالة الشيوع القائمة بينهم فلا يعد حكم مرسى المزاد سببا صحيحا تكتسب معه ملكية العقار بالتقادم الخمسى اذا كان الراسى عليه المزاد احد الشركاء اذ العبرة بعقد ملكية العقار الاصلى الذى تلقى بمقتضاه الشركاء ملكيتهم فلئن كان صالحا بذاته لا يكون سبباً صحيحا جاز اكتساب بالتقادم الخمسى وذلك بصرف النظر عن حكم مرسى المزاد .

---

(١) بودرى وتيسيه نبذة ٦٥٩ ص ٥٠٦ (٢) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٦ مج ٣٩ ص ٤٧ حيث قررت المبدأ الآتى :

Le jugement d'adjudication sur licitation rendu au profit de coheritiers n'est pas un juste titre aux fins de la prescription quinquennale, un tel jugement valent partage et le partage ayant un caractére simplement declaratif.

أما إذا كان الراسى عليه المزاد اجنبيا عن الشركاء ولم يكن طرفا فى دعوى القسمة فيعد حكم مرسى المزاد الصادر لمصلحته سندا ناقلا للملكية بطبيعته ومن ثم فهو يصلح لأن يكون سبباً صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى .

٦١ - فالعبرة اذن بالعمل القانونى أو السبب الذى نشأت و تولدت عنه حالة الشيوع بين الشركاء فلئن كان بطبيعته ناقلا للملكية فهو يعد سبباً صحيحا - ومن ثم فاذا اشترى مدير شركة مدنية ليست لها شخصية معنوية عقارا لحساب الشركة ولم يكن البائع الذى تعاقد مع هذا المدير مالكا له ثم صُفيت الشركة ووقع هذا العقار فى نصيب أحد الشركاء كنتيجة للقسمة جاز لهذا الشريك أن يتمسك بالعقد الذى أبرمه مدير الشركة مع البائع له كسبب صحيح تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى قبل المالك الحقيقى - لأن هذا العقار وقد وقع فى نصيبه فيعتبر أنه كان دائما ملكا له حتى قبل القسمة التى لم تأت بحق جديد سوى أنها جاءت مقررة للحقوق ويرجع فيها الى سند التمليك الأصلى .

٦٢ - وإذا ساهم أحد الشركاء بنصيب فى احدى الشركات(١) التى لها شخصية معنوية وقدم حصته عقارا معينا لم يكن ملكا له مع علمه بذلك فيجوز للشركة أن تمتلك هذا العقار بالتقادم الخمسى حتى مع سوء نية هذا الشريك - وذلك لاستقلال شخصية الشركة عن شخصية شركائها ولأن تقديم الشريك حصته فى الشركة عقارا معينا هو عقد وفاء بمقابل يصلح لأن يكون سببا صحيحا .

أما اذا انقضت هذه الشركة وقسمت أموالها فيما بين الشركاء ووقع هذا العقار بالذات فى نصيب الشريك الذى قدمه - فلا يستطيع هذا الأخير ان يتمسك بالقسمه كسبب صحيح تكتسب معه ملكية العقار بالتقادم الخمسى بل يجب أن يرجع فى هذه الحالة الى أصل ملكيته - وهو لم يكن مالكا

---

(١) لوران جزء ٣٢ نبذة ٤٠١ ص ٤٢٥

لهذا العقار فى وقت من الأوقات وقدمه للشركة وهو واضع اليد عليه بسوء نية ـ ومن ثم فهو لا يستطيع اكتساب ملكيته إلا بمضى المدة الطويلة .

اما اذا وقع هذا العقار فى نصيب شريك آخر حسن النية فيستطيع ان يكتسب ملكيته بالتقادم الخمسى مستندا فى هذا إلى العقد الذى تلقت بمقتضاه الشركة ملكية العقار وهو فى ذاته يصلح لأن يكون سببا صحيحا .

٦٣ ــ واذا تقاسم الشركاء (١) تركة مورثهم وتخلى أحد الشركاء فى عقد القسمة لشريك آخر عن عقار لم يكن داخلا فى تركة المورث جاز للشريك المتنازل اليه اكتساب ملكية العقار بالتقادم الخمسى ويعتبر عقد القسمة كسبب صحيح لأنه لم يكن مقررا للملكية الشريك المتنازل له بل جاء منشئا لها لان هذا العقار لم يكن ملكا للمورث .

٦٤ ــ الأحكام . ليست الأحكام بطبيعتها (٢) ناقلة للحقوق بل هى مقررة لها ـ وتفريعا لذلك لا يعتبر الحكم القاضى بثبوت ملكية مدعى الاستحقاق لعقار ما سببا صحيحا تكتسب معه ملكية هذا العقار بالتقادم الخمسى ـ لأن كل ما تضمنه هذا الحكم هو ان جاء مقررا لحق ثابت وان حجتيه قاصرة على طرفى الخصوم ولا يتعدى غيرها .

وكذلك أيضا الحكم الصادر برفض دعوى مدعى الاستحقاق لا يعد سببا صحيحا لكسب واضع اليد حقا جديدا فى الملكية .

وقد اتجه بعض الآراء الى القول بأن الأحكام وهي عنوان الحقيقة لها طابع العقود القضائية ومن ثم فيجب أن تأخذ الأحكام صفات هذه العقود ولكن هذا القول مردود عليه لأنه ان أطلق على الأحكام انها عقود قضائية فهذا اللفظ فى ذاته ان كان يصلح فى لغة الأدب فهو لا يؤدى المعنى فى لغة القانون . إذ هناك فارق بين العقود والأحكام . فالأولى قوامها الاتفاق المعقود بين الطرفين . أما

---

(١) بودري وتيسييه نبذة ٦٦٢ (٢) بودري وتيسييه نبذة ٣٦٣ ـ لوران جزء ٣٢ نبذة ٤٠٤ ـ اوبرى ورو جزء ٢ ص ٥٤٣

الثانية فقوامها الخصومة المطروحة أمام القضاء والتي لا تنتهي إلا بحكم يبت النزاع . فكيف يمكن المساواة بين الاتفاق الذي هو أساس العقد والحكم الذي أساسه النزاع .

فالأحكام لا تشبه العقود في شيء . الا انها قوة ملزمة للطرفين ولها حجيتها عليهما ولكنها لا تصلح أن تكون في ذاتها سببا صحيحا ولا يستطيع واضع اليد أن يكتسب معها الملكية بالتقادم الخمسي إذا نازعه منازع لم يكن طرفا في هذا الحكم .

٦٥ — أما أحكام مرسى المزاد الناقلة للملكية فتعد سببا صحيحاً قبل المالك الحقيقي ـ وتطبيقا لهذا ـ قضي بأن الراسي عليه المزاد(١) في عقار منزوع ملكيته يجوز له الاحتجاج بهذا الحكم قبل المالك الحقيقي الذي يطلب بطلان اجراءات التنفيذ ـ وذلك متى كانت هناك أسباب قوية تحمل الراسي عليه المزاد على الاعتقاد بأن المدين المنزوع ملكيته كان مالكا للعقار .

ويجوز أيضا الاحتجاج بهذا الحكم كسبب صحيح ضد حائز(٢) العقار الذي ينازع في صحة البيع ـ وقضي أيضا بأن محضر مرسى المزاد الاداري المتضمن بيع عقار بسبب عدم قيام واضع اليد باداء الضرائب الاميرية المستحقة على العقار يعتبر سببا صحيحا يخول للراسي عليه المزاد أن يتمسك بالتقادم الخمسي قبل المالك الحقيقي .

ولكن قضي أنه إذا نزع(٣) الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ورسى مزاده عليه فلا يجوز له أن يتمسك بحكم مرسى المزاد كسبب صحيح لأن حكم مرسى المزاد من انشائه ولا يجوز لنازع الملكية أن يخلق لنفسه سببا صحيحا .

وقضي أيضا بأن حكم مرسى المزاد الصادر في دعوى بيع العقار لعدم

---

(١) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مج ٧ ص ٦٦ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مج ٣٥ ص ٤٩ — ٢٤ ينـاير سنة ١٩٢٨ مج ٤٠ ص ١٥٢ —

(٢) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٢١ مج ٢٣ ص ٣٤٥ - (٣) استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ مج ٣٩ ص ١٢٤ وايضا استئناف مصر العليا ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ لمحاماه السنة الثانيــة رقم ١٦٩ص ٥٠١ .

قبوله القسمة لا يعتبر سببا صحيحا يكسب صاحبه ملكية العقار بوضع اليد خمس سنوات إذا كان الراسي عليه المزاد أحد الشركاء المشاعين . أما إذا كان من غير الشركاء اعتبر سبباً صحيحا .

٦٦ — عقد الصلح : عقد الصلح الذى يبرمه طرفا العقد لحسم نزاع بينهما هو من العقود المقررة للحقوق ولا يصلح لان يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى وذلك متى كانت العقارات المتعاقد عليها تدخل فى صميم النزاع الذى جاء الصلح حاسما له .

أما إذا كانت الاشياء التى تراضى عليها الطرفان غير داخلة فى موضوع النزاع كما لو تضمن عقد الصلح تنازلا أو تبادلا عن عقار من أحد الطرفين لآخر فلا يسرى على هذا التنازل أو التبادل احكام عقد الصلح بل تسرى عليه الاحكام الخاصة بالبدل أو التنازل لأنها لم تكن وليدة عقد الصلح . ولئن هى ادرجت فى عقد الصلح فلم يكن ادراجها فيه إلا لأن المتعاقدين أرادا تسوية جميع المسائل المتنازع عليها فى عقد واحد .

وتفريعا على ما تقدم يجوز اكتساب ملكية العقارات الواردة فى عقد الصلح بالتقادم الخمسى (٢) متى كانت هذه العقارات خارجة عن النزاع الذى هو أساس عقد الصلح .

---

(١) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماه رقم ١٨٠ ص ٢٣٥ السنة الثامنة — (٢) دى هلس جزء ٣ نبذة ١٢٩ بودري وتيسييه نبذة ٦٦٤ .

الفصل الثالث

هل يشترط فى السبب الصحيح ان يكون مسجلا

٦٧ – كانت هذه المسألة محل خلاف فيما بين رجال الفقه والقضاء ونرى اتماما للفائدة ان نستعرض وجهات النظر المختلفة فى مصر وفى فرنسا.

أما فى فرنسا استقر رأى رجال الفقه الفرنسى الاقليلا منهم انه لايشترط فى السبب الصحيح ان يكون مسجلاوهم فى ذلك يستندون الى الحجج (١) الاتية.

اولا – ان المادة ٢٢٦٥ مدنى فرنسى لاتشترط فى السبب الصحيح ان يكون مسجلا ولوان الشارع الفرنسى كان يرى ضرورة تسجيله لتناول هذا الامر بالتعديل فى قانون التسجيل الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥.

ثانياً – ان العقود الواجب تسجيلها طبقاً للقانون الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ هى العقود الصادرة من مالك والتى تكون بطبيعتها ناقلة للملكية بصرف النظر عن اى اعتبار آخر اما السبب الصحيح فهو صادر من غير مالك ولا يمكن ان يكون وحده ناقلا للملكية حتى مع تسجيله انما سبب اكتساب الملكية هو وضع اليد المبنى على السبب الصحيح متى كان واضع اليد حسن النية يجهل مااعتور العقد من عيب.

ثالثاً – أن التسجيل لم يشرع لحماية المالك بل ان حمايته قاصرة على الغير الذين تلقوا ملكية العقار أو حقا عينيا على العقار عن مالك واحد – وهذا أمر مفهوم من المادتين ٣ و ٦ من قانون سنة ١٨٥٥ إذ يستفاد منهما أن الغرض من التسجيل هو القضاء على كافة المنازعات التى تقوم بين خلفاء المتصرف لتوطيد الائتمان العقارى حتى إذا ما اختلفوا أو تزاحموا فيما بينهم كانت الافضلية للاسبق فى التسجيل.

فالتسجيل لايرمى إلى حماية مالك العقار الحقيقى إذ يستطيع هذا الاخير

(١) بودرى وتيسيه ص ٥٢٧ نبذة ٦٧٤ فى التقادم.

درأ كل اعتداء يقع على عقاره عن طريق استعمال دعاوى وضع اليد أو رفع دعوى الملكية لمنع عدوان الغاصب عن عقاره - أما إذا ترك العين تحت يد الغير فهو أمر كاف لاعلانه وانذاره بضياع ملكيته فيما لو أعرض عنها المدة المقررة لاكتساب الملكية بالتقادم.

رابعاً - يقول الأستاذان أوبرى ورو (١) ردا على نظرية القائلين بضرورة توافر جميع شروط العقد الناقل للملكية فى السبب الصحيح بأن التسجيل ليس ركنا أساسيا فى العقود الناقلة للملكية وانها تعتبر صحيحة منتجة لآثارها فيما بين التعاقدين حتى رغم عدم تسجيلها لأن حكمة التسجيل تقوم فقط على حماية الغير.

٦٨ - أما حجة القائلين بضرورة تسجيل السبب الصحيح فتنحصر فى أمرين.

أولا - انهم يعتمدون على ظاهر المادة ٣ من قانون سنة ١٨٥٥ التى تجيز لكل ذى حق عينى أن يدفع بعدم تسجيل العقود الناقلة للملكية وهذه الحجة مردود عليها لأن المقصود من المادة ٣ من هذا القانون هو القضاء على المنازعات التى تقوم بين من تلقوا حقا عينيا من مالك واحد فيما لو تزاحموا فيما بينهم فتكون الأفضلية لصاحب العقد المسجل أما اذا تزاحم المالك الحقيقى مع صاحب السبب الصحيح فلا يمكن اعتبارهما خليفتين لعاقد واحد يتزاحمان على عقار واحد بعقدين متعارضين - لأن المالك الحقيقى لم يتلق حق الملكية من البائع الذى أصدر السبب الصحيح.

ثانيا - انهم يرون عدم اعتبار العقد الغير مسجل سببا صحيحا - لأن السبب الصحيح فى نظرهم هو الذى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة أصحاب الحقوق العينية على العقار باعتباره ناقلا للملكية - وهذه الحجة مردود عليها من النواحى الآتيه.

١ - ان التسجيل ليس ركنا أساسيا فى العقود الناقلة للملكية.

---

(١) اوبري ورو جزء ١ ص ٤٤٠

٢ - ان السبب الصحيح ليس هو وحده الذى يكسب الملكية بل هو يعد فقط أساسا لوضع اليد ليكون مبررا لاكتساب الملكية بالمدة القصيرة .

٣ - ان السبب الصحيح المسجل لا يمكن الاحتجاج به فى مواجهة أصحاب الحقوق العينية على العقار الذين تلقوا هذه الحقوق من المالك الحقيقى لصدور السبب الصحيح من غير مالك .

٦٩ - على انه ان كان العلامة لوران (١) وهو فقيه بلجيكى يرى ضرورة تسجيل السبب الصحيح فهو على حق فيما ذهب اليه متأثرا بتشريع بلاده حيث يحتم القانون البلجيكى تحرير العقود الناقلة للملكية والتى تقدم للتسجيل بوجه رسمى - ومن ثم فاشتراط القانون البلجيكى وجوب رسمية العقد الى جانب التسجيل أقطع فى التدليل على ان السبب الصحيح فى بلجيكا هو من العقود الشكلية التى يجب تحريرها بعقد رسمى قبل تسجيلها .

٧٠ - أما فى مصر فقد كان لقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ أثر كبير فى قيام جدل عنيف فيما بين رجال الفقه المصرى - وكان منبت الخلاف فيما بينهم هو مانصت عليه المادة الأولى من قانون التسجيل التى قررت .

« بأن جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتى « من شأنها انشاء حق الملكية أو حق عينى عقارى آخر لا تنشأ ولا تنتقل « ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل »

فقد جعل هذا النص التسجيل شرطا أساسيا لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين فهل ينصرف أثره أيضا الى تسجيل السبب الصحيح حتى يستكمل شرائط العقد الناقل للملكية أم لا ؟

هنا انقسم آراء رجال الفقه المصرى إلى رأيين - رأى يرى ضرورة تسجيل السبب الصحيح - وعلى رأسه عبد السلام بك ذهنى وكامل بك مرسى -

---

(١) لوران جزء ٣٢ نبذة ٣٩٥ ص ٩ ٤

ورأى آخر يرى عكس ذلك وعلى رأسه الأستاذين حامد بك فهمى وصليب باشا سامى - وسنستعرض الرأيين على الوجه الآتى :

٧١ — الرأى الأول - رأى عبد السلام بك ذهنى

يرى الأستاذ ذهنى بك ان عقد البيع أصبح بعد قانون سنة ١٩٢٣ غير ناقل للملكية من غير تسجيل - فهو لذلك يرفق بطائفة العقود الباطلة بطلانا مطلقا من حيث نقل الملكية وفوق ذلك فان السبب الصحيح المملك بالتقادم الخمسى هو العمل القانونى الذى توافرت فيه شروط صحته واركان وجوده - أما وعقد البيع قد نقصه التسجيل فيصبح وقتئذ غير صالح للتمليك أى لا يصلح اداة قانونية للتملك بالتقادم الخمسى وعلى ذلك لا يحصل التمليك بالتقادم الخمسى عند عدم تسجيل عقد البيع - انما يتم التمليك بالتقادم الطويل بمضى (١) خمسة عشر عاما .

٧٢ — رأى الأستاذ كامل بك مرسى (٢)

ومن رأيه أيضاأنه مادام العقد غير المسجل لا ينقل الملكية فهو لا يصلح سببا صحيحا لأن المراد بالسبب الصحيح هو السند الذى يؤدى الى نقل الملكية والذى كان ينقلها فعلا لو ان نافل الملكية كان مالكا للشيء ومن شأن الملكية إلا تنتقل الا بالتسجيل ثم هو يعزز رأيه بمنشور الحقانية رقم ٢١٢٤ المبلغ فى ٢ يونيه سنة ١٩٢٥ والذى ذكرت فيه .

« لاحظت اللجنة أن القانونين رقم ١٨ و ١٩ سنة ١٩٢٣ أدخلا على « التشريع المتعلق بنقل ملكية العقارات والحقوق العينية مبدأ جديدا مقتضاه « ان العقود لا يترتب عليها الغرض المقصود منها حتى بين المتعاقدين ما لم تكن « مسجلة ، بمعنى انه اذا باع الآن أحدهم عقارا مثلا فالمشترى لا يصبح « مالكا له إلا إذا سجل عقد البيع ، وما لم يسجله فلا يتسنى له التمسك بتملك

---

(١) ذهني بك السبب الصحيح في التقادم الخمسى المحاماه السنة السادسة ص ٣٠٨ (٢) شهر التصرفات العقارية ص ٢٧٥ نبذة ٢٠٠ لكامل بك مرسى .

« ذلك العقار حتى ولو بمضى مدة الخمس سنوات المكسبة للملكية المنصوص
« عليها بالمادتين ١٠٢ من القانون المدنى المختلط و ٧٦ من القانون المدنى
« الأهلى ، نظرا لأن هـذا التملك يجب أن يكون مبنيا على سبب صحيح ،
« وذلك السبب هو العقد الناقل للملكية ، ولما كانت العقود المنوه عنها فى
« هاتين المادتين لا تعتبر ناقلة للملكية ولو كانت صادرة من مالك شرعى
« إلا إذا سجلت فلا تعتبر فى نظر القانون سببا صحيحا »

٧٣ – الرأى الثانى

نظرية القائلين بعدم ضرورة تسجيل السبب الصحيح – رأى الأستاذ حامد بك فهمى

يرى الأستاذ حامد بك فهمى[1] ان لا ضرورة الى تسجيل السبب الصحيح مستندا الى الحجج الآتية :

أولا – ان قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقود لم يلغ من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من مواده متعلقا بذلك ولهذا كانت مواده التى ألغاها لا تندرج الا تحت أحكام الفصول المنعقدة لاكتساب الملكية بالعقود .

ولم تكن المادة ٧٦ الخاصة بحكم انتقال الملكية بالتقادم الخمسى من هذه المواد الملغاه – ولا يمكن لقانون التسجيل أن يلحقها بأى تأثير من الغاء ضمنى أو فسخ جزئى لمخالفة موضوعها لموضوعه .

هـذا الى انه ليس السبب الصحيح فى التقادم الخمسى هو الذى يكسب الملكية لصاحبه (فكيف يكون سندا للملكية والمفروض فيه انه لا ينقلها بالفعل لصدوره من غير مالك) وانما الذى يكسبه اياها هو وضع اليد المدة القانونية المبنية على سبب صحيح اشترطه القانون لتقرير حالة غير مشروعة مستمرة زمنا .

---

(١) المحاماه السنة السابعة ص ٩٧ وما بعدها .

ثانيا - لأنه ظاهر من مطالعة المواد الملغاه والمواد الجديدة ان المشرع لم يقصد الا تقرير أحكام العقود الصادرة على الملكية العقارية من مالكيها فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ولا يمكن أن يتعرض لتسجيل أحكام العقود الصادرة من غير الملاك لأنه قرر بطلانها من قبل بالمادة ٢٦٤ فلا يمكن أن تأخذ من قانون التسجيل حكم ايجاب لتسجيل السبب الصحيح الصادر من غير مالك .

ثالثا - لا يقال ان قانون التسجيل أوجب تسجيل جميع العقود الصادرة بين الاحياء على الملكية والحقوق العينية ورتب على عدم تسجيلها عدم اعتبارها ناقلة للملكية ولا منشئة ولا مقرة ولا مزيلة للحقوق لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير - وأن لا يكون لها من الأثر إلا التزامات شخصية بين المتعاقدين .

لا يقال ان قانون التسجيل الذى أوجب هذه الأحكام هو الذى أوجب تسجيل السبب الصحيح بعد انه لم يكن واجبا لأنه يحاجج به المالك الحقيق وهو من أصحاب الحقوق العينية على العين التى وضع صاحب السبب اليد عليها مدة خمس سنوات .

لا يقال ذلك لأن الغرض من ايجاب تسجيل التصرفات الواقعة على العقار هو اذاعتها واعلامها لمن يتعاملون عليها حتى يستطيع من يرغب قبول أى تصرف فيها أن يتعرف من أقلام التسجيل مايوجد عليها من التسجيلات العقارية وقد عين هذا الغرض معنى الغير قانونا فى باب التسجيل فقالوا انهم أولئك الذين تلقوا من عاقد واحد الملكية أو أى حق عينى آخر وحفظوا بالتسجيل من مشتر أو مرتهن أو صاحب اختصاصا حتى يمكن التزاحم بينهم ويتفاضلون بالتسجيل ولذلك أخرجوا أولئك الذين قد تكون لهم مصلحة فى الدفع بعدم تسجيل العقد ممن لم يكن لهم حق عينى اصالة أو كان لهم حق تلقوه من عاقد آخر غير الذى تصرف فيها لصاحب العقد غير المسجل - فلم

يخولوا للدائن العادى عند التنفيذ على عقار مدينه حق الدفع بعدم تسجيل عقد من تلقاه من مدينه بشراء غير مسجل - كما لم يجيزوا لمن تلقى عقارا من زيد على انه ملكه أن يحتج على من تلقاه من بكر على انه مالكه بعقد غير مسجل وجعلوا الفصل فى ذلك لمن تثبت له ملكية العقار فى الواقع ونفس الأمر .

ولهذا لم يجيزوا للمالك الحقيقى أن يدفع بعدم تسجيل السبب الصحيح لأنه لا يمكن اعتباره مع صاحب السبب الصحيح خليفتين لعاقد واحد على عقار واحد بعقدين متعارضين .

٧٤ — رأى صليب سامى باشا (١) هو يرى أيضا عدم اشتراط تسجيل السبب الصحيح للاسباب الآتية :

١ - لا يشترط فى السبب الصحيح أن يكون هناك عقد كتابى إذا جاز اثبات الحق بالبينة - لأن السبب الصحيح هو الارتباط القانونى - وهذا الارتباط شىء - والعقد الذى يثبته شىء آخر .

١ - لا نزاع ان التسجيل لم يكن شرطا أساسيا للسبب الصحيح فى عهد القانون المدنى ولا فى عهد قانون سنة ١٨٥٥ - والفارق فى رأى الأستاذ ذهنى بك بين القانون المدنى وقانون التسجيل ان الأخير نص على عدم نقل الملكية فيما بين المتعاقدين عند عدم التسجيل - فالعقد غير المسجل باطل بطلانا أصليا على الأقل فيما يتعلق بنقل الملكية - وعلى ذلك وتطبيقا لنظرية البطلان التى اتخذتها شراح القانون الفرنسى - بنى ذهنى بك نظريته بعدم اعتبار العقد الغير مسجل سببا صحيحا يصلح أساسا للتمليك بالتقادم الخمسى ونرى ان نقل الملكية ليس شرط أساسياً فى السبب الصحيح ولو انه يشترط فيه أن لا يكون العقد باطلا بطلانا أصلياً - لأن الفرض ان العقد صادر من غير مالك فهو غير ناقل للملكية على كل حال - ولان نقل الملكية لا يحصل

---

(١) المحاماه السنة الثامنة ص ٦٩١ وما بعدها

طبقا للمادة ٧٦ و ١٠٣ بالعقد انما بوضع اليد بذاته خمس سنوات .

٣ - لأن الأستاذ ذهنى بك والقضاء ذهبا الى ان العقد غير المسجل وان لم ينقل الملكية إلا انه يجعل للمشترى حقا متعلقا بالعقار يجيز له استيفاء اجراءات التسجيل كما يقتضيه حق استلام العقار والانتفاع به - وان هذا الحق لا يمكن أن يصطدم إلا بحق الغير إذا تلقاه عن المالك وحفظه بالتسجيل

كما ان الأستاذ ذهنى بك والقضاء المصرى اتفقا على ان نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ولكنه أثر من آثاره .

٧٥ - رأى محكمة النقض والابرام المصرية (١)

وقد قررت هذه المحكمة أيضا عدم اشتراط تسجيل السبب الصحيح بقولها ما يأتى :

« ومن حيث ان ما ادعاه الطاعن من ان محكمة الاستئناف قد أخطأت
« فى اعتبارها سند التنازل ناقلا للملكية مع انه غير مسجل ولا ثابت التاريخ
« والأحكام مستقرة على وجوب ثبوت تاريخ السند الناقل للملكية على الأقل
« للتمسك به ضد الغير الذى حصل التصرف فى ملكه طبقا لذلك السند
« هو ادعاء مردود - لأن الحكم المطعون فيه لم يعتبر مطلقا ان عقد التنازل
« هو الذى نقل الملكية الى المجلس القروى فيقال - وكيف نقلها وهو غير
« مسجل - انما هو قد اعتبر المجلس القروى قد تملك ما حصل له التنازل
« عنه بوضع اليد الذى توافرت فيه شروطه القانونية من وضع يد وحسن
« نية وسبب صحيح على الوجه المعتبر فيها قانونا - فلا محل لنقل المتعارف
« من قواعد انتقال الملكية بالعقود الى باب اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى
« وتطبيقها فيه - لأن الشارع بعد أن عدد أسباب اكتساب الملكية والحقوق
« العينية فى المادة ٤٤ من القانون المدنى وقال انها العقود والهبة والميراث
« والوصية ووضع اليد - عقد لكل من هذه الأسباب فصلا - وبعد أن

(١) مجموعة القواعد القانونية لمحمود بك عمر رقم ١٧٥ ص ٢٩٢ جزء ١

« بين فى الفصل الذى عقده للعقود كيف لا تنقل الملكية فى العقود
« المتضمنة تمليك العقار بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا سجلت ذكر أحكام
« اكتساب الملكية بمضى المدة فى الفصل الرابع ـ فقال فى المادة ٧٦ تحصل
« ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل
« عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك بشرط أن يكون
« وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح فاذا لم يوجد ذلك السبب لاتحصل
« له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشر سنه وباختلاف الفصلين
« صار لنقل الملكية بالعقود أحكام ولاكتساب الملكية بوضع اليد
« أحكام أخرى ـ هذا ولقد عرفت هذه المحكمة بحكمها الصادر فى ١٦ يونيه
« سنة ١٩٣٢ فى الطعن رقم ١٨ سنة ٢ قضائيه السبب فى باب تملك العقار
« بوضع اليد بأنه كل تصرف قانونى يستند اليه واضع اليد فى تسلم العقار
« فيجعل وضع يده عليه حلالا طيباً خاليا من شبهة الغصب فى نظره واعتقاده
« وعرفت السبب الصحيح بأنه هو هذا التصرف الذى يكون بطبيعته
« ناقلا للملكية لو انه صدر من مالك أهل للتصرف ولهذا يكاد يكون من
« المجمع عليه فقهاً وقضاء انه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج
« واضع اليد به على المالك الحقيقى اعتبارا بأن المالك الحقيقى لا يمكن
« اعتباره غيرا بالمعنى المفهوم لهذا اللفظ فى باب تسجيل العقود الناقلة
« للملكية ـ ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ لأن البيع لا يزال
« معتبرا فيه انه من العقود الرضائية التى تتم بالايجاب والقبول ـ وان تسجيلها
« لا يزال غير معتبر انه ركن ضرورى فى وجودها القانونى . ولأن لقانون
« التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقود .
« ولذلك لم يلغ من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من مواده خاصا
« بذلك كالمادة ٤٧ من الفصل الأول المعقود لاكتساب الملكية بالعقود
« والمادة ٥٢ من الفصل الثانى المعقود للهبة والمواد ٦٠٦ وغيرها من الباب
« الخاص باثبات الحقوق العينية بمقتضى العقود الناقلة للملكية فى حق

« مالكها السابق وفى حق الغير . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فلا يمكن
« اعتبار المالك الحقيقى عاقدا لواضع اليد ، ولا غيرا ممن لهم حقوق عينية
« على العقار الموضوع اليد عليه ، فلا هو قد تلقى من البائع (مصدر السبب
« الصحيح) حقا عينيا على العقار كان لا يتلقاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح
« فى حينه ولا هو فى حاجة الى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره
« من طريق التسجيل ، لأن انتزاع العين منه ووضع الغير يده عليها
« واستمراره على ذلك خمس سنوات ابلغ فى الاعذار اليه من العلم بالتصرف
« من طريق الكشف من دفاتر التسجيل على انه لا يستطيع التثبت من
« خلو العين عن التسجيلات الواقعة عليها من غيره لاستغراق هذا الغير ،
« ولأن الشهادات العقارية لا تزال تحرر على أسماء المتصرفين لا عن العقار
« نفسه ، فكيف يجب إذن تسجيل السبب الصحيح لمجرد اشتراط القانون
« تسجيل العقود لافادة حكم نقل الملكية بين المتعاقدين وغيرهم ، والمفهوم
« أن السبب الصحيح لا ينقل ملكا حتى إذا سجل لأنه صادر من غير مالك
« فرضا لأن العقد لا ينقل للمشترى أكثر من حقوق بائعه ، وخلاصة
« ذلك لا يشترط تسجيل السبب الصحيح إذا احتج به واضع اليد على المالك
« الحقيقى لافادة التملك بالتقادم الخمسى ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب
« الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانونا »

٧٦ — والذى أراه انه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح للاعتبارات الآتية :

أولا - ان قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود (١) التراضى يتم وينتج اثاره القانونية بمجرد توافق الطرفين - وكل ما فى الأمر ان نقل الملكية أصبح متراخيا الى ما بعد التسجيل .

---

(١) نقض ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية لمحمود بك عمر جزء ١ ص ١٦٣

وتفريعا على هذه القاعدة يمكن اعتبار عقد البيع غير المسجل سببا صحيحا ما دام التسجيل ليس ركنا أساسيا من أركان العقد - وما دام عقد البيع لم يصبح عقدا شكليا بعد قانون التسجيل .

ثانيا - انه وان حتم المشرع تسجيل العقود التى من شأنها نقل الملكية إلا أن المقصود بالعقود الواجب تسجيلها هى العقود الصادرة من مالك والتى تنقل التسجيل بمجرد الملكية - ولكن السبب الصحيح وهو عقد صادر من غير مالك ليس من شأنه أن ينقل الملكية حتى لو كان مسجلا - فمن عبث القول أن يحتم المشرع تسجيل عقد هو بطبيعته غير ناقل للملكية طالما أن التسجيل لايجدى نفعا - أذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح العقود أو يزيل ما علق بها من عيب أو ما اعتورها من بطلان .

وليس من المعقول أن تكون حكمة الشارع عند ما وضع قانون التسجيل قد انصرفت إلى وجوب تسجيل السبب الصحيح - لأن هذا العقد - وهو صادر من غير مالك هو باطل طبقا لنص المادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى مصرى - فكيف يحتم المشرع تسجيل العقد الباطل ؟ وهل بلغ من استهتار الشارع أن يحتم تسجيل هذا النوع من العقود ؟ بينما رتب على مجرد التسجيل نقل الملكية .

أليس تسجيل السبب الصحيح هو منتهى الاستخفاف بقانون التسجيل ؟

ثم ما هى النتيجة العملية المترتبة على تسجيل السبب الصحيح ؟ هل هى تؤدى الى حماية المالك الحقيقى أم الى حماية الغير ؟

الواقع ان تسجيل السبب الصحيح لا يؤدى الى حماية المالك ولا إلى حماية الغير لأن حماية المالك لا تتأتى عن تسجيل السبب الصحيح - فالمالك هو أراد حماية عقاره فعلية أن يسعى إلى دفع كل عدوان يقع عليه - بأن يطرد الغاصب الذى ليس بيده سند قانونى - لكنه وهو قد رضى هذا الغصب فقد فرط فى حقوقه وعليه أن يتحمل تبعة الاهمال - أما الغير فلا يحميهم تسجيل السبب الصحيح - لأنهم وقد تلقوا حقهم من المالك الحقيقى فهم إذا ما تزاحموا

فيما بينهم فالأفضلية بينهم لمن كان أسبق في التسجيل ما دامت العقود صادرة من مالك واحد .

وغني عن البيان أن التسجيل مادام شخصيا ولم يصبح عينيا فهو لا يصون الملكية العقارية الصيانة الكافية التي تستقر معها المعاملات العقارية .

وجدير بشارعنا أن يعمل على جعل التسجيل عينيا فينعدم معه بيع ملك الغير وبالتالي تتعطل نظرية السبب الصحيح فلا يستطيع أحد أن يجره ويبيع ملك غيره ـ إذا ما استحدث نظام السجلات العقارية العينية .

ثالثا ـ مادام من المقرر فقها انه لا يشترط في السبب الصحيح أن يكون مكتوبا وان الكتابة ليست الا وسيلة لاثباته ـ فكيف نحتم تسجيل السبب الصحيح والتسجيل يستلزم أن يكون السبب الصحيح مكتوبا توطئة لوضعه في السجل ـ أليس القول بوجوب تسجيل السبب الصحيح يؤدي الى انهيار هذه القاعدة المتفق عليها فقها .

رابعا ـ ان الملكية في التقادم الخمسي لا تكتسب بالسبب الصحيح وحده بل تكتسب من اتحاد عوامل قانونية ثلاثة ـ هي السبب الصحيح ـ ووضع اليد وحسن النية .

وليس أقطع في التدليل على هذا ان الشارع نفسه أورد المادة ٧٦ من القانون المدني في الباب الخامس في الفصل السابع تحت عنوان « التملك بمضي المدة » فليس العقد هو السبب المباشر لاكتساب الملكية ـ انما كل ما هنالك ان نظرية السبب الصحيح هي وسط بين الحق والغصب .

ولذا انقص المشرع مدة وضع اليد المكسبة للملكية من خمسة عشر عاما الى خمس سنوات شفقة بمن وضع يده بحسن نية معتقدا انه تعاقد مع مالك فكان حسن النية له شفيعا .

٧٧ - اثبات تاريخ السبب الصحيح - على انه وان استقر قضاء محكمة النقض والابرام المصرية الى عدم ضروره تسجيل السبب الصحيح حتى تكون له حجيته على المالك الحقيقى إلا ان هذا لا يعفى واضع اليد من ضرورة اثبات تاريخه بوجه رسمى بالطرق المقررة فى المادة ٢٢٨/٢٩٣ مدنى لأن المالك الحقيقى يعد من طبقة الغير بالنسبة لهذا العقد بحيث لاينتج أثره بالنسبة إليه ما لم يكن ثابتا تاريخه.

هذا إلى ان ثبوت التاريخ له أهميته من الناحية العملية - لأنه هو التاريخ الصحيح الذى يمكن التعويل عليه عند احتساب مدة التقادم فلا يبدأ موعد سريانها إلا من هذا التاريخ وحده.

وتطبيقا لهذا قضى (١) بأنه لايعد سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى العقد العرفى الذى لا يحمل تاريخا ثابتا لفقدان حجيته ضد المالك الحقيقى (٢).

وقضى أيضا بأنه (٣) لا تسرى مده وضع اليد المكسبة للتقادم الخمسى إلا من التاريخ الثابت فى السند الذى يعد قوام وضع اليد.

وغنى عن البيان ان واضع اليد الذى لايستند فى وضع يده إلى سند غير ثابت التاريخ يعتبر فى مرتبة الغاصب - لا فى منزلة الحائز بمقتضى السبب الصحيح لأنه يرتكن فى وضع يده الى عقد فاقد الحجية بالنسبة للمالك الحقيقى

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ مج ٨ ص ١٢٢ - ١٦ فبراير سنة ١٨٩١ مج ١٠ ص ١١٣ - ١٨ يونيه سنة ١٩٠٨ مج ١٠ ص ٢٨٢
(٢) استئناف مختلط ٢٣ فبرايو سنة ١٩٠٥ مج ١٧ ص ١٣١ (٣) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ مج ١٩ ص ٢٦٦

بحـــث

فى رقابة محكمة النقض والابرام على السبب الصحيح

٧٨ - ليس السبب الصحيح أمرا متروك تقديره لقاضى الموضـــوع بل هو من حيث ماهيته وشرائطه وتوافر عناصره يتضمن مسائل قانونيـــة لمحكمة النقض والابرام حق الاشراف عليهـا ومراعاة تطبيقها واصـــلاح الأخطاء التى وقع فيها قاضى الموضوع .

وتفريعـا على هذه القاعدة قررت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد الظنى (١) لا يصلح أن يكون سببا صحيحا وان الهبة الباطلة لا تعتـــبر سببا (٢) صحيحا .

أما محكمة النقض والابرام المصرية فقد تطرقت إلى بحث أركان السبب الصحيح وأشرفت على التطبيق القانونى من النواحى الآتية .

(١) قضت فى حكمهـــا الصادر فى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ بتعريف السبب الصحيح وتحديد معناه (راجع بند ١١) .

(٢) قضت أيضا بأن العقد الصادر من وصى القاصر دون أجازة المجلس الحسبى يعتبر سببا صحيحا (راجع بند ١٧)

(٣) قضت أيضا بتاريخ ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ بأن بيـــع الشريك على الشيوع لجزء مفروز معين يعتبر سببا صحيحا (راجع بند ٥٧)

(٤) قضت بتاريخ ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لامكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى .

(٥) أقرت بتاريخ ٢٣ ابريل سنة ١٩٤٢ بأنه إذا باع الشريك المشتاع جزءا مفروزا محددا من الملك الشائع فبيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحـــا يمتلك به المشترى ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توافر لديه حسن النية .

---

(١) داللوز نقض فرنسى ٢٩ نوفمبر سنه ١٨٩٩ (٢) داللوز نقـض فرنسى ٢٢ ابريل سنة ١٨٧٧

الباب الثالث
فى اشتراط حسن النية

---

٧٩ ـ لئن نص شارعنا المصرى فى المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى مصرى على جواز تملك العقارات والحقوق العينية بمضى المدة القصيرة إذا توافر السبب الصحيح إلا انه لم ينص صراحة على اشتراط حسن نية المتصرف اليه وقت التعاقد كشرط أساسى بأنه تلقى هذا الحق من مالك .

أما الشارع الفرنسى فقد نص صراحة (١) فى المادة ٢٢٦٥ مدنى فرنسى على اشتراط حسن النية الى جانب السبب الصحيح .

ونص فى المادة ٢٢٦٨ مدنى فرنسى على ان حسن النية مفروض وعلى من يدعى سوء النية اثباته .

ثم نص فى المادة ٢٢٦٩ مدنى فرنسى على انه يكفى توافر حسن النية عند تلقى الحق .

فهل أغفل شارعنا المصرى عمدا اشتراط توافر حسن النية مكتفيا بالسبب الصحيح وحده ؟ أم ان حسن النية والسبب الصحيح يجب اجتماعهما فى صعيد واحد حتى يمكن اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى .

الواقع ان حسن النية شرط أساسى يجب قيامه الى جانب السبب الصحيح وذلك للأسباب الآتية :

أولا ـ ان نظرية السبب الصحيح مشتقة فى أساسها من أحكام التشريع الفرنسى وليس من المعقول أن يكون شارعنا أراد مخالفة أحكام هذا التشريع

ثانيا ـ انه وان كان شارعنا المصرى لم ينص صراحة على اشتراط حسن

---

(١) راجع بند ٣ و٧

النية كركن جوهرى فى نظرية السبب الصحيح - إلا ان التعريف الفقهى للسبب الصحيح سواء فى فرنسا أو فى مصر اقطع فى التدليل على وجوب توافر حسن النية إذ من المجمع عليه فقها ان السبب الصحيح هو العقد الذى يعد بطبيعته ناقلا للملكية فيما لو صدر من مالك وأن يكون من تلقى الحق جاهلا ما اعتور العقد من عيب مطمئنا فى وضع يده على العقار .

ثم جاءت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٦ يونية سنة ١٩٣٢ (١) فعرفت السبب الصحيح بقولها ما يأتى :

« السبب الصحيح هو التصرف القانونى الذى يستند اليه واضع اليد فى « حيازته العقار ويجعل وضع اليد حلالا سليما من شبهة الغصب فى نظره « واعتقاده والمراد بكون السبب صحيحا هو أن يكون بطبيعته ناقلا الملكية « لو انه صدر من أهل للتصرف »

وفى هذين التعريفين سواء التعريف الفقهى أم التعريف القضائى مايستفاد منهما صراحة اشتراط حسن النية كركن جوهرى فى نظرية السبب الصحيح .

ثالثا - ان التشريع المصرى جمع بين أحكام التقادم القصير المكسب والطويل المكسب فى المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى مصرى وجعل أساس التقادم الطويل المكسب الغصب وسوء النية واضع اليد - الأمر الذى يستفاد منه بطريق التدليل العكسى وجوب اشتراط حسن نية الحائز فى حالة التقادم الخمسى - والقول بغير هذا يؤدى الى اعتبار المتمسك بالسبب الصحيح العالم بما أعتور العقد من عيب أفضل منزلة من الغاصب سىء النية إذ يستطيع الأول اكتساب الملكية بانقضاء خمس سنوات بدلا من خمسة عشر عاما - بينما الاثنان فى مرتبة واحدة لا يرتكنان فى وضع يدهما على العقار الا على الغصب . وهو عبث يتنزه عنه المشرع . ان لم تكن الافضلية بينهما مرجعها حسن نية صاحب السبب الصحيح .

---

(١) نقض ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية لاحمد بك عمر جزء ١ ص ١٣١ رقم ٨٥ .

رابعا - ان نظرية السبب الصحيح فى التقـــادم الخمسى المكسب تشابه لى حد كبير نظرية (١) الحيـازة فى المنقول سند الملكية - وهـــذه النظرية لاتكسب الحائز ملكية المنقول إلا إذا كانت حيازته تستند الى حسن النية .

٨٠ - ماهية حسن النية - حسن النية هو الاعتقاد الصحيح الجازم المتغلغل فى نفسية واضع اليد وقت تلقى الحق بأن السبب الصحيح قد صدر من مالك وانه اداة صالحة لنقل الملكيـة - وانه يجهل ما للغير من حقوق على العقار (٢).

٨١ - وتطبيقا لهذه القاعدة يجب أن يكون المتصرف إليـــه معتقدا بأنه تلقى الحق من مالك - فاذا ما خامره الشك(٣) فى أمر ملكيـــة من تلقى عنه الحق فهو سيء النية غير جدير بأن يتذرع بأحكام التقادم الخمسى .

وقد استعرض رجال الفقه الفرنسى بعض التطبيقات العملية التى طرحت أمام (٤) القضاء الفرنسى والتى يمكن أن يستشف منها سوء نية المتصرف إليه - فمنها أن شخصا باع نصف عقار على الشيوع مملوك له . ثم صرح للمشترى وقت التعاقد ان النصف الثانى يملكه شريك آخر - ولم يمضى طويلا حتى تصرف البائع فى هذا النصف للمشترى نفسه - فليس من شك أن المشترى سيء النية لأنه يعلم بأن هذا النصف غير مملوك للبائع وقت ابرام العقد الأول - ومثل آخر - باع وارث عقارا لايملك فيه إلا نصيبا شائعا وكان المشترى وباقى الورثة

(١) دى هلس نبذة ١٣٤ (٢) بودى وتيسييه نبذة ٦٧٨ ص ٥١٩ - لوران نبذة ٤٠٦ جزء ٣٢ - وعرف العلامة Dunod دنو حسن النية بأنه هو جهل المتمسك بالسبب الصحيح بحقوق الغير المترتبة على العقار إذ قال ما يأتى :

La bonne foi en matiere de prescription consisle dans l'ignorance du droit d'autrui à ce que l'on possede

وعرفه العلامة بوتييه بقوله بأنه هو اعتقاد واضع اليد بأنه تلقى الحق من مالك اذ قال مايأتى

La juste opinion qu'a le possesseur qu'il a acquis le domaine de proprieté de la chose qu'il possede.

(٣) استئناف مختلط ٣٠ ابريل سنة ١٩٠٨ مج ٢٠ و ١٩٥ (٤) لوران جزء ٣٢ نبذة ٤٠٦ .

مقيمون فى منطقة واحدة - فليس من شك أن المشترى يعد سيء النيـــة لأنه يعلم بأن هذا العقار ليس مملوكا للوارث المتصرف فقط بل يشترك معه فى الملكية باقى الورثة .

وإذا كانت الملكية محل نزاع مطروح أمام القضاء لم يفصل فيه(١) فليس لمن تلقى الحق أن يتذرع بحسن نيته - لأن مجرد طرح الخصومة اشهار كاف بأن الملكية محل شك وارتياب يجب ألا يقدم المشترى حسن النيـــة على شرائها وإلا كان مخاطراً .

٨٢ — ويجب على المشــترى أن يتحرى الدقة والروية عنـــد فحص مستندات (٢) ملكية من تلقى الحق عنه - فلئن هو أهمل فحصها وأقـــدم على تحرير العقد دون أن يبحث أصل ملكية المتصرف فهو غير جدير برعاية الشارع لأنه أهمل اهمالا جسيما وعليه أن يتحمل تبعته وليس له أن يحتمـــل المالك الحقيقى تبعة هذا الاهمال ويحتج قبـــله بالتقادم الخمسى لأنه ان بحث وحقـــق فى أناة لاقتنـــع بأن المتصرف غير مالك للعقـــار ولأعرض عن ابرام الصفقة .

أما أولئك الذين خدعتهم ظواهر الأمور واعتقدوا فى سذاجة بأن المتصرف مالك فلهم أن يتذرعوا بحسن النية قبل المالك الحقيقى متى اثبتوا أن هذه الخديعة تركت فى نفوسهم أثرا ناطقا ماكانوا يستطيعون التحلل منه .

على أن الخديعة من المسائل النسبية - التى يترك تقدير أمرها للقضاة (٣) - فان كان الشخص من البساطة فى المعرفة والدراية بحقيقة الأمور وعلى جانب يسير من الثقافة فهو لاشك أكثر رعاية من واســـع الدراية - الذى أصقلته التجارب إذ يجب أن ينظر لهذا الأخير نظرة اليقـــظ الحريص الذى لا تخدعه ظواهر الأمور .

---

(١) استئناف مختلط ٠ فبراير سنة ٩١٦ مج ٣٨ ص١٤٨ - (٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ٩٢٠ مج ٣٢ـص ٢٠٠ - (٣) استئناف مختلط ٤ ينايرسنة ٩٢٧.

وتفريعا على ماتقدم قضى بأنه إذا حكم برسو المزاد لصالح الدائن المرتهن نازع الملكية فليس له أن يتخذ من حكم مرسى المزاد سببا صحيحا وأن يتذرع بحسن نيته قبل المالك الحقيقي ما لم يثبت أنه تحرى الحقيقة وفحص أصل ملكية المدين وقت إنشاء الرهن لأن مجرد إنشاء الرهن يجعل العقار عرضة للبيع بالمزاد الجبرى فيما لو عجز المدين عن سداد الدين - ومن ثم فيعد حكم مرسى المزاد الصادر لصالح الدائن المرتهن فى منزلة البيع العادى الذى كان يعقده مع المدين المنزوع (١) ملكيته .

أما إذا كان الراسى عليه المزاد من الغير فهو ليس ملزم بفحص مستندات ملكية المدين المنزوع ملكيته وكل ما عليه من التزام هو الاطلاع على قائمة شروط البيع والمستندات المرفقة بها . فلئن خدعته ظواهر الأمور واقتنع بملكية المدين المنزوع ملكيته فهو حسن النية له أن يتذرع بحكم مرسى المزاد الصادر لصالحه كسبب (٢) صحيح . ولا يمكن أن يعامل معاملة المشترى العادى الذى كان واجبا أوليا عليه أن يتحقق من ملكية البائع له ويقدر مستنداته تقديراً كافيا وإلا تحمل مسئولية إهماله وابعاد حسن نيته .

٨٣ - ولكن ما الحكم لو كان المتصرف إليه عالما بما اعتور سند المتصرف من عيب ؟ ليس من شك أن المتصرف اليه يعد سىء النية لأنه (٣) وهو يعلم أن سند سلفه باطل أو مشوب بالبطلان أو مفسوخ فهو لا يستطيع وهو بمثابة خلف خاص أن يكتسب من الحقوق على العقار أكثر مما كان لسلفه - وذلك طبقا لمنطق القاعدة العامة التى تقضى بأن ليس لمن تلقى الحق أن يكون له من المزايا والحقوق أكثر من ناقل هذا الحق - ولئن يكن التملك بالسبب الصحيح استثناءا من هذه القاعدة إلا انه استثناء لا ينطبق إلا إذا

---

(١) استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ مج ٣٩ ص ١٢٤ (٢) استئناف ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ مج ٤٨ ص ١٦١ المحاماه السنة السابعة عشر رقم ٣٤٣ ص ٧٠٢ (٣) بودرى وتيسييه نبذة ٦٧٩ ص ٥٢٠

توافر شرط حسن النية عند واضع اليد فلئن انعدم ركن حسن النيـــة وهو شرط جوهرى فقد أصبح التمسك بالسبب الصحيح وحده غير منتج .

وتطبيقا لهذا إذا تصرف الموهوب له بالبيع - وكان عقد الهبة الذى تلقى به الحق باطلا - وكان المشترى يعلم ما اعتور عقد الهبة من بطلان فهو سيء النية لأنه تعامل مع شخص يعلم أن سند ملكيته باطل - ومن ثم فلا يستطيع التمسك ضد المالك الحقيقى بالتقادم الخمسى .

٨٤ - أما إذا كان سند المتصرف معلقا على شرط فاسخ وكان المتصرف اليه على علم بهذا الشرط - فهل يمكن اعتبار هذا الأخير سيء النية ؟

هذه المسألة كثيرة الوقوع فى الحياة العملية - وتبدو صورتها واضحة فى أن يشترى شخص عقارا ويعلق البائع العقد على شرط فاسخ وهو دفع الثمن - ثم يتصرف هذا المشترى بالبيع قبل قيامه بسداد الثمن لمشتر آخر يضـــع يده على العقار وهو عالم أن سند سلفه معلق على شرط ثم يتحقق هذا الشرط وينفسخ عقد سلفه - فهل لهذا الأخير أن يكتسب الملكية بالتقـــادم الخمسى وهو العالم بأن عقد سلفه معلق على شرط فاسخ ؟

اتجهت بعض الآراء الى اعتبار هذا (١) المشترى سيء النية لأن مجرد علمه بأن عقد سلفه مهدد بالفسخ وهو عيب يعتور العقد فى صميمه أمر يستفاد منه أنه تلقى الملكية وهى محملة باعباء هذا الشرط - وكان لزاما عليـــه أن يتحقق قبل التعاقد مدى يسار سلفه ومقـــدرته على أداء الثمن فى الموعد المحدد له - أو أن يحل محله قبل البائع الأصلى فى سداد الثمن - فلئن هو نحى هذا المنحى فقد حافظ على حقوق البائع الأصلى - وظهر بمظهر لا يمكن أن يعاب فيـــه عليه - ولما كانت دعوى الفسخ التى يرفعها البائع ضـــد المشترى لا تسقط إلا بخمسة عشر عاما - ومن ثم فلا يستطيع الحائز للعقار أن يتملك العقـــار إلا بالتقادم الطويل . ولا يصلح سنده أن يكون سببا صحيحا .

---

(١) باريس ٢٠ يناير سنة ١٨٢٦ داللوز رقم ٩٣٢ .

على أن هناك رأى آخر يذهب إلى أن مجرد علم الحائز بأن عقد (١) سلفه مهدد بالفسخ بسبب عدم دفع الثمن لا يمكن أن يستفاد منه بصفة قاطعة سوء نية الحائز . بل يعد قرينة فقط على سوء النية . وهذه القرينة لا تسمو إلى مرتبة الدليل القاطع ما لم تعزز بقرائن أخرى . وسندهم في هذا إلى أنه مادام الحائز يعتقد فى حسن نية بأن سلفه على استعداد تام لاداء الثمن وأنه لن يتأخر فى ادائه عند المطالبة به فهو حسن النية .

وغنى عن البيان أن المسألة موضوعية بحتة يرجع فيها إلى تقدير كل حالة على حدتها فلئن كان يعتقد الحائز اعتقادا جازما لا شك فيها أن سلفه قادر على اداء الثمن فى الموعد المحدد له وكان هذا الاعتقاد تؤيده ظواهر الحال فهو لا شك حسن النية . أما من داخله شك أو ريب فى عجز سلفه عن إداء الثمن وكانت الظروف والملابسات تجمع فى يقين اعساره وعدم استعداده للاداء فى الوقت المحدد له فهو سيء النية .

٨٥ ــ أما إذا كان المتصرف اليه عالما بما اعتور سنده من عيب فهل يمكن اعتباره سيء النية ؟ هنا يجب التفرقة بين أمرين :

الأمر الأول ـ أن يكون هذا السند باطلا بطلانا مطلقا وفى هذه الحالة لا يصلح لأن يكون سببا صحيحا سواء أكان المتصرف اليه حسن النية أو سيئها لان البطلان المطلق جزاء مترتب على مخالفة العقد للنظام العام ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ـ كما يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به دون داعى للتغلغل فى نية المصرف إليه حسنة كانت أم سيئة . لان سوء النية فى هذه الحالة أمر مفروض لايجوز اثبات عكسه (٢) .

الامر الثانى ـ أن يكون سند المتصرف اليه باطلا بطلانا نسبيا كما لو كان صادرا من قاصر أو شابه الغلط أو الغش أو الاكراه . فهو أمر اختلف

---

(١) لوران نبذة ٤١٠ جزء ٣٢ . (٢) بودري وتيسيه نبذة ٦٨١ ــ لوران نبذة ٤١١ جزء ٣٢ .

فيه رجال الفقة وانقسموا إلى رأيين فيذهب رأى إلى أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يصلح فى ذاته لان يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكية بالتقادم الخمسى ويجوز الاحتجاج به قبل المالك الحقيقى ولا يؤثر فى حق المتصرف اليه حتى لو كان يعلم ما اعتور سنده من بطلان وذلك متى كان يعتقد فى حسن نية أنه تلقى الحق من مالك - وأهل هذا الرأى - يستندون فى تدعيم رأيهم إلى ان العقد الباطل بطلانا نسبيا الصادر من مالك هو عقد صحيح منتج لكافة آثاره القانونية حتى يقضى ببطلانه . وأن أثر البطلان قد يزول باجازة المالك . ويرتبون على هذه القاعدة القول بأن العقد الباطل بطلانا نسبيا الصادر من غير مالك يعد سببا صحيحا أسوة بالعقد الذى يصدر من مالك . لان الدفع بالبطلان لم يشرع لمصلحة المالك الحقيقى الذى يحتج ضده بالسبب الصحيح بل هو شرع لمصلحة من كان طرفا فى العقد كالقاصر والمكره ومن فى درجتهما ولا يحق لغيرهم أن يتمسك بالبطلان .

وغنى عن البيان أن معيار حسن النية عند أصحاب هذا الرأى ان يكون المتصرف اليه معتقدا انه تلقى الملكية من مالك . وذلك بصرف النظر عن علمه او عدم علمه بما اعتور العقد من بطلان . وقد سارت محكمة النقض الفرنسية (١) على هذا الرأى فقضت بأن من اشترى عقارا من قاصر غير مالك وكان المتصرف اليه عالما بنقص اهليته فيجوز له ان يكتسب الملكية بالتقادم القصير . وذلك متى كان يجهل ان القاصر لم يكن مالكا للعقار .

أما اصحاب الرأى الثانى (٢) ونحن نؤيده فيرون أن علم المتصرف اليه بما اعتور سنده من بطلان يجعله سيء النية . وسندهم فى هذا أن المشترى الذى يعلم أن عقده مشوب بالبطلان وانه تلقى الحق من قاصر لا يستطع الاطمئنان إلى ملكيته

---

(١) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٥٦ دالloز ٥٦ - ١ - ١٨٦ - استئناف مختلط ٨ ابريل سنة ١٩٠٥ مج ١٥ ص ٢٣٤ و ١١ فبراير سنة ١٩١٣ مج ٣٥ ص ١٦٧ - (٢) لوران نبذه ٤١١ .

للعقار بل يبقى مهددا من حين لآخر فتستمر حيازته مزعزعة ويظل هـــو في شك من أمره لا يستقر له حال مادام حق القاصر في طلب البطلان قائما .

وليس من شك أن قوام حسن النية انما يستنـــد الى أمرين . أولهما : اعتقاد المتصرف اليه اعتقادا صحيحا بأنه تلقى الحق من مالك . وثانيهما : أنه تلقى هذا الحق من شخص له أهلية التصرف . فاذا ما اختل أحد الشرطين فلا يستطيع الحائز أن يتذرع بحسن النية لان القانون لايحمى الا من اعتقد وهو مطمئن قلبه عن يقين ثابت بأن العقد الذى يتمسك به فى مأمن عن كل مطعن وأن حيازته بعيدة عن كل ما يكدر من صفوها أو يعكر من هدوءها .

قد يقال أن البطلان النسبي لا يؤثر فى طبيعة السبب الصحيح أو فى كيانه القانونى فهذا صحيح . ولكن العلم بما اعتور السبب الصحيح من بطلان ينفي حسن النية .

قد سبق أن بينا ان السبب الصحيح أمر مستقل عن حسن النية فقد يتوافر الأول وينعدم الثانى - إذ ليس وجود السبب الصحيح قرينة على حسن النية .

وقد يقال أيضا ان البطلان النسبي قد تصححه الاجازة الصادرة ممن شرع البطلان لمصلحته - وهذا قول سديد - ولكن العقد المهدد بالبطلان لا يستطيع صاحبه الاطمئنان على ملكيته أو الاستقرار فى حيازته إذ يساوره الـــتردد والشك ويبقى على هذا الحال خمس عشرة سنة حتى تسقط دعوى البطلان بمضى المدة - وهذه أمور فى مجموعها تنفى عن الحائز حسن النية .

وقد يقال أخيرا ان البائع وحده هو الذى يستطيع التمسك بالبطلان وان ليس للمالك الحقيقى أن يدفع به - لأن البطلان النسبى شرع لمصلحـــة القاصر وليس لمن عداه أن يتمسك به - كل هذا حق - ولكن المالك الحقيقى لا يتمسك هنا ببطلان السبب الصحيح لصدوره من قاصر - ولكنه يتمسك بسوء نية المتصرف اليه عن طريق علمه بما اعتور عقـــده من بطلان متخذا من هذا العلم قرينة على سوء النية - ومن ثم فهو لا يستعمل حق القاصر فى التمسك

بالبطلان انما هو يستعمل حقه فى التمسك بسوء نية المتصرف اليه .

٨٦ — الغلط فى الواقع ـ والغلط فى القانون ـ ويستوى الأمر فى حسن النية سواء كان الغلط منصبا فى الواقع أو فى القانون ـ وذلك متى كان المتصرف اليه معتقدا بأن سنده فى مأمن عن كل مطعن ـ ومن ثم فقد استقر رأى الفقه الفرنسى على أن للحائز حق الاحتجاج بالخطأ فى القانون (١) كما له حق الاحتجاج بالخطأ فى الواقع ما لم يكن الخطأ فى القانون واضحا جليا يدركه الرجل العادى ـ فلا يجوز فى هذه الحالة التمسك بحسن النية .

ويستند رجال الفقه فى جواز الاحتجاج بالخطأ فى القانون فى حالة التقادم المكسب القصير الى ان المشرع أورد الحالات التى لا يجوز فيها الاحتجاج بالخطأ فى القانون على سبيل الحصر فتراه ينص فى المادة ١٣٥٦ مدنى فرنسى على انه فى حالة الاعتراف القضائى لا يجوز الاحتجاج بالخطأ فى القانون ـ ثم فى المادة ٢٠٥٢ مدنى فرنسى بعدم جواز الطعن على عقود الصلح بسبب الخطأ فى القانون .

وتفريعا على هذه القاعدة يجوز لمن اشترى من وصى دون الحصول على أجازة المجلس الحسبى أن يتذرع بحسن نيته إذا كان معتقدا وقت التعاقد ان العقد الصادر له من الوصى كاف لنقل الملكية دون الحصول على موافقة المجلس الحسبى (٢)

أما إذا احتج الموهوب له بحسن نيته لان عقد الهبة الصادر من الواهب غير محرر رسميا فلا يقبل منه هذا الاحتجاج لانه منصب على أمر متعلق بالنظام العام جعل الشارع الجزاء المترتب على مخالفته البطلان المطلق .

---

(١) بودرى وتيسييه نبذة ٦٨٠ ص ٥٢١ ـ لوران جزء ٣٢ نبذة ٤١٣

(٢) راجع بهذا المعنى نقض مصرى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد لمحمود بك عمر جزء ١ ص ١٣٢ رقم ٥٩ .

٨٧ - افتراض حسن النية - نص المشرع الفرنسى فى المادة ٢٢٦٨ مدنى فرنسى على أن حسن النية أمر مفروض. ويقع عبء الاثبات دائما على من يدعى سوء نية واضع اليد. وليس لهذا النص مقابل فى التشريع المصرى. إلا أن منطق القواعد العامة يقتضى فى الانسان البراءة وحسن النية حتى يقوم الدليل على اثبات العكس. ومن ثم فلم يكن شارعنا فى حاجة الى النص على هـذه القاعدة صراحه.

أما طريقة اثبات سوء النية فتسير وفقا للقواعد العامة (١) فى الاثبات بمعنى أن سوء النية وهى من المسائل التى يستحيل اثباتها بالكتابة لانهـا تتضمن وقائع مادية يمكن استنتاجها من كافة الظروف والملابسات المحيطة بوضع اليد وسببه. ولذلك يجوز اثباتها بالبينة والقرائن بحيث يترك للقاضى السلطة المطلقة فى تقديرها

وتفريعا على هذه القاعدة يجوز استنباط سوء نية واضع اليد اذا ظهر من البيانات الواردة فى العقد الذى يتمسك به واضع اليد كأساس للتملك بالتقادم الخمسى أن من نقل له الحق غير مالك. أو كما لو باع شريك على الشيوع عقارا وكان المشترى يعلم من اطلاعه على عقد التمليك الاصلى بأن البائع له ليس له إلا نصيبا شائعا فى العقار المبيع.

٨٨ - ولئن كان من المجمع عليه افتراض حسن نية واضع اليد اذا كان يستند إلى خطأ فى الواقع إلا ان غالبية الشراح (٢) يرون بأنه ليس لواضع اليد أن يتمسك بقاعدة افتراض حسن النية إذا كان يستند إلى خطأ فى القانون. بل عليه هو أن يقيم الدليل على حسن نيته وعدم علمه بما اعتور عقده أو عقد سلفه من عيب قانونى. وحجة هؤلاء الشراح أن مسألة

(١) استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ١٩٠٥ مج ١٧ ص ٢٢٠ و ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ مج ٤٣ ص ٢٤٣ (٢) لوران جزء ٣٢ نبذة ٤١٥ - اوبرى ورو جزء ٢ نبذة ٢١٨.

النية هى من الأمور الموضوعية البحته التى لا تختلط بالمسائل القانونية ومن ثم فيجب تفسير المادة ٢٦٦٨ مدنى فرنسى تفسيرا محدودا فى نطاق الخطأ فى الواقع بحيث لا تفترض حسن نية واضع اليد - إذا كان الخطأ منصبا على القانون .

الا ان هناك أقلية من (١) الشراح يرون العكس - وهم فى هذا يستندون الى ان النص الوارد فى المادة ٢٦٦٨ الذى قرر قاعدة افتراض حسن النية جاء عاما ومطلقا لم يفرق بين الخطأ فى الواقع أو الخطأ فى القانون - ومن ثم فمجال تطبيق هذه المادة يتسع للحالتين طالما ان المشرع لم يأت بقيد للحد منها .

ويضيف أصحاب هذا الرأى الى ان هذا البحث عديم الجدوى من الناحية العملية لأن بحث النية من المسائل المتروك تقديرها للقاضى وله من فطنته وخبرته أن يدرك عما إذا كان الخطأ مغتفرا أو غير مغتفر وذلك بصرف النظر عن تعلقه بالواقع أو بالقانون - هذا الى ان واضع اليد هو الذى يهمه دائما أن يثبت حسن نيته ويبرزها للقاضى مدلالا على اثباتها غير تارك لخصمه عبء هذا الأثبات حتى لا يتهم بسوء النية .

٨٩ — هل يشترط استمرار حسن نية واضع اليد حتى انتهاء مدة التقادم ؟

ذلك ما تقضى به قواعد العدالة - ولكن المادة ٢٦٦٩ مدنى فرنسى اكتفت باشتراط حسن النية وقت تلقى الحق - فاذا ما تغيرت هذه النية خلال مدة وضع اليد بأن علم واضع اليد ما اعتور سنده من عيب أو ما شابه من بطلان - فليس هذا مما يؤذن بمعاملته معاملة الغاصب سىء النية بل له على الرغم من هذا حق التمسك بالتقادم القصير قبل المالك الحقيقى مادام وضع يده كان مقرونا بحسن النية وقت اكتساب الحق .

وقد استمد الشارع الفرنسى هذه القاعدة من أحكام الفقه (٢) الرومانى

(١) بودرى وتيسييه في التقادم نبذة ٦٨٤ (٢) بودري وتيسيه نبذة ٦٨٦ - لوران نبذة ٤١٧ جزء ٣٢ .

مخالفا فى ذلك قواعد القـــانون الكنسى ـ والأحكام التى كان معمولا بها فى بلاد العادات قبل وضع التقنين الفرنسى الحديث وكان مؤدى هذه الأحكام ومقتضى هذه القواعد ضرورة اشتراط حسن نية واضع اليد حتى انتهاء مدة التقادم فاذا ما بدى له عيوب سنده خـــلال مدة وضع يده وكشفت له الأيام ما كان خافيا فاضحت له الحقيقة سافرة فهو حقيق بأن يعامل معاملة الغاصب سيء النية وليس له أن يتمسك بالسبب الصحيح لأن وضـــع يده لم يعد مقرونا بحسن النية .

وهذه القاعدة الكنسية تتمشى مع قواعده الأخلاق وتساير منطق العدالة وما يجب أن يسمو به القانون عن كل عبث فى سبيل الوصول الى مراتب الكمال ـ فلئن كان التقادم القصير سببا من أسباب اكتساب الملكيـــة إلا انه مازال سببا بغيضا يحمل فى طياته الغصب والعدوان على حق الملكيـــة وهو حق عزيز من حقوق الفرد المقدسة .

٩٠ ـ كان لزاما على الشارع الفرنسى ألا يساير أحكام الفقه الرومانى ويتمشى مع القواعد الكنسية فيتشدد فى معاملة واضع اليد مشترطا حسن نيته حتى انتهاء مدة التقادم .

ولكن يبدو من مراجعة أعمال اللجنة التحضيرية ان واضعى القانون الفرنسى لم يتأثروا بالأعتبارات الأدبية والأخلاقية فاسقطوها من حسبانهم فقال مقرر اللجنة التشريعية فى معرض التدليل على الأخذ بأحـــكام القاعدة الرومانية بأن مسألة سوء نية واضع اليد خلال مدة التقادم هى من الأمور الكامنة فى نفس الانسان والتى ليس لها مظهراً خارجا يعبر عنهـــا أو معيارا ثابتا يستشف منه دلائلها طالما هى عقيدة مطوية فى نفس الانسان .

ولئن كانت القواعد الدينيـــة تحتم على الانسان أن يكون رائده الأول حسن النية فى كافة معاملاته إلا ان القضـــاء لا يتقيد إلا بالمظاهر الخارجة لذلك كان من الحرص على المصلحة العامـــة فى سبيل استقرار المعاملات

الاكتفاء باشتراط حسن النية وقت تلقى الحق.

٩١ - ولكن هذه النظرية كانت محل نقد كبير (١) من جانب رجال الفقه الفرنسى فهم يرون ان حسن النية هى الدعامة الأساسية التي تبنى عليها نظرية السبب الصحيح - وهى التى حدت بالشارع الى قصر مدة التقادم المكسب الى هذا الأجل القصير شفقة بواضع اليد الذى ترفق معه الشارع جزاء له على حسن نيته - حتى يكون هناك فارق محسوس فى المعاملة بين واضع اليد حسن النية و بين الغاصب سيء النية.

أما اكتفاء الشارع باشتراط حسن نية واضع اليد وقت تلقى الحق حتى لو بدت سوء نيته خلال مدة التقادم - فهى قاعدة تشعر بالتناقض الملموس لأن الاعتبارات الأخلاقية التى حدت بالشارع الفرنسى الى قصر مدة التقادم كان قوامها حسن نية واضع اليد - الأمر الذى يستفاد منه جليا أن يكون واضع اليد متمتعا بثقة الشارع طوال مدة التقادم فيكون رائده الأول والأخير حسن النية حتى انتهاء المدة المكسبة فتصبح له الملكية بعدها حقا حلالا طيبا لا ينازعه فى أمرها منازع.

على ان رجال الفقه يقفون من هذا النص موقف الحائر لا يعرفون له تعليلا معقولا فهم يتساءلون كيف ان الشارع يضع مبدأ قوامه حسن النية فى بداية وضع اليد وهو مبدأ ينطوى على خلق سام ثم ينبذ هذا المبدء ويطرحه جانبا عقب وضع اليد مباشرة ولا يهمه بعد ذلك أمر حسن النية - أليس هذا مما يشعر بأن الشارع لم يكن منطقيا مع نفسه ؟

٩٢ - أما شارعنا المصرى فقد أغفل هذا النص فهل قصد وجوب اشتراط حسن النية حتى انتهاء مدة التقادم ؟

استقر قضاؤنا المصرى (٢) على وجوب الأخذ بنص المادة ٢٢٦٨ مدنى

---

(١) لوران نبذة ٤١٦ - بودرى وتيسييه نبذة ٦٨٥ (٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ مج ٩ ص ٣٠٥ و ٢٦ ابريل سنة ١٩١٢ مج ٢٥ ص ٨٤ و ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ مج ٣٥ ص ٥٠٢ - و ٨ ابريل سنة ١٩٤١ مج ٥٣ ص ١٤٨

مؤيدا رأيه بأن قواعد التقادم القصير مستمدة من التشريع الفرنسى وان الشارع المصرى ماكان يقصد الخروج عليها .

ويطيب لنا أن نأتى بالأسباب التى تناولتها محكمة أسيوط الابتدائية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٥ والمنشور بالمحاماه السنة السابعة رقم ٢١ ص ٣٨ إذ قرر ما يأتى .

« حيث انه يجب البحث الآن فيما دفع به المدعى عليه الأول من ان حسن « النية يجب أن يستمر طول مدة الخمس سنوات لمعرفة أحقية أو عدم أحقية « باقى المدعى عليهم فيما دفعوا به - ولأجل ذلك يجب الرجوع الى القانون « الفرنسى المأخوذ من القانون المصرى وما ورد فيه من نصوص فيما « يختص بتملك العقار بمضى المدة بالسبب الصحيح وما ورد من النصوص فى القانون المصرى فى ذلك .

« وحيث انه قد نص فى القانون الفرنسى صراحة فى المادة ٢٢٦٥ مدنى « ان تملك العقار بمضى المدة القصيرة بخمس سنوات أو عشرين سنة بالسبب « الصحيح يستلزم حسن النية عند المشترى ونصت المادة ٢٢٦٩ من ان حسن « النية يكفى ان يوجد وقت التعاقد - أما القانون المصرى فلم يذكر شيئاً « عن حسن النية ولكن لا خلاف فى انه من الضرورى لهذا التملك توفر « شرط حسن النية ويمكن يستفاد ذلك مما ورد فى بعض نصوص هذا القانون « ومن بعض نصوص أخرى إذا اشترط الشارع المصرى ملكية المنقول « بالسبب الصحيح اعتقاد الحائز لها صحة حيازته مادة ٤٦ و ٦٠٧ مدنى أهلى « تقابل المادة ٦٧ و ٧٣٣ مدنى مختلط ويستنتج من ذلك ان مشترى المنقول « إذا كان سىء النية فلا يملك إلا بخمس عشرة سنة ولا يمكن التسليم بأن « الشارع قصد أن تكون حماية المنقول أشد من حماية العقار فيشترط لتملك « المنقول حسن النية ولا يشترط ذلك فى العقار - ويحتم فى المنقول للتملك « عند عدم حسن النية مدة خمس عشرة سنه ويجعلها خمس سنوات فى العقار »

« وحيث انه علاوة على ذلك فانه بالرجوع لنص المادة ٢٦٥ مدنى أهلى
« المقابلة للمادة ٣٣٤ مدنى مختلط نرى ان الشارع أعطى لمن يشترى شيئا من
« غير مالك الحق فى طلب تضمينات إذا كان معتقدا وقت البيع صحة ملكية
« البائع وينتج من ذلك انه اذا كان المشترى حسن النية فى هـــذه الحالة فلا
« حق له فى التضمينات المذكورة ولا يمكن التسليم بأن الشارع أراد أن
« يراعى مصلحة مثل هذا الشخص السىء النية فى التملك بمضى المدة فيجعلها
« خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة ويحرمه فى الوقت نفسة من الرجوع
« على البائع بالتضمينات .

« وحيث انه يرى مما تقـــدم انه وان خالفت نصوص القانون المصرى
« القـــانون الفرنسى فيما يختص بالسبب الصحيح لعدم ذكر هذا الشرط
« صراحة فى مواد القانون المصرى خلافا للقـــانون الفرنسى فان القانونين
« متفقان معا فى المبدء من حيث ضرورة توافر هذا الشرط فى هذه الحالة .

« وحيث ان المعتبر فى حسن النية هو وقت التعاقد فقط وذلك قياسا
« على القانون الفرنسى المأخوذ عنه القانون المصرى لعـــدم النص فى القانون
« المصرى خصوصا لما هو ظاهر مما سبق ان الشارع المصرى لم يشأ أن يخالف
« الشارع الفرنسى فى قواعد تملك العقـــار بوضع اليـــد بالسبب الصحيح
« والشروط اللازمة لذلك كما تقدم - وبناء على ذلك فمن تعاقد وهو حسن
« النية وبعد أن وضع يده عرف الحقيقة لا يمنعه من التملك بوضع اليـــد
« خمس سنوات - ولا يصح ان هذه الحـالة العارضة وهى علمه بحقيقة الأمر
« فيما بعد يكون لها أى تأثير على مدة وضع اليد »

٩٣ ــ وانى لا أميل الى الأخذ بما اتجه اليه القضـــاء المصرى وأرى انه
يجب أن يستمر حسن النية حتى انتهاء مدة وضع اليد وذلك للاسباب الآتية :

أولا - ان شارعنا المصرى وقد أغفل نص المادة ٢٢٦٩ مدنى فرنسى التى
تشترط الاكتفاء بحسن النية وقت تلقى الحق أمر يستفاد منه حتما انه لم ير محلا للاخذ

بهذه القاعدة بعد ما نقدها رجال الفقـــه الفرنسى أنفسهم وأظهروا عيوبهـا وعدم اتفاقها مـــع قواعد الأخلاق - ومن ثم فليس لقضائنا أن يأخذ بها ويجارى التشريع الفرنسى فى رأى معيب .

ثانيا - كان الأجدر بقضائنا أن يجارى منطق العدالة من أن يجارى التشريع الفرنسى ويضع أمامه نص المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية وفحواها انه فى حالة عدم وجود نص قانونى يجب الرجوع الى قواعد العدالة - وليس من شك ان قواعد العدالة تأبى الاكتفاء باشتراط حسن النية عند بدء وضع اليد بل تحتم اشتراط حسن النية حتى انتهاء مدة وضع اليد .

ثالثا - ان القوام الذى بنيت عليه نظرية السبب الصحيح أساسه حسن النية فكيف نفرط فى هذا الشرط الأساسى ونسقطه من كل حساب عقب وضع اليد ؟ أليس هذا مما يجعـــل الحائز صاحب السبب الصحيح فى منزلة الغاصب سىء النية وهذا الأخير لا يكتسب الملكية إلا بمضى المدة الطويلة .

رابعا - ان الشارع الفرنسى قرر فى المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى فقرة ثانيـــة بزوال حق واضع اليد فى اكتساب الثمار التى يجنيهـا من الوقت الذى يزول فيه حسن نيته واليك النص .

« Il (le possesseur de bonne foi) Cesse d'être de bonne foi du moment ou ces vices lui sont connus »

الأمر الذى يستفاد منـه صراحة أن علم واضع اليد بما اعتور سنده من عيب يترتب عليه حرمانه من حق اكتساب الثمار .

ألم يكن جديراً الشارع الفرنسى أن يكون منطقيا مع نفسه فيقرر نفس القاعدة التى قررها بشأن اكتساب الثمار بالنسبة للعقار أيضـا وإلا فكيف يحمى الشارع الثمار من عبث واضع اليد سىء النيـــة ويفرط فى حماية العقار ولا يهمه سوء النية الطارىء عقب وضع اليد .

٩٤ - رقابة محكمة النقض والابرام على حسن النية : وليس لمحـــكمة النقض أى رقابة على النيـــة فهى أمر متعلق بالواقع متروك تقديره لقـاضى

الموضوع الذى له الحق فى استجلائها من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى فله السلطان المطلق فى تكوين عقيدته بشأنها ولا معقب على رأيه فى هذا .

وتفريعا على هذه القاعدة قضت محكمة النقض والابرام المصرية بتاريخ ١٩ نوفمبر(١) سنة ١٩٣١ بأن مسألة نية واضع اليد على العقار مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيها .

٩٥ — على أن هذه القاعدة لا تؤخذ على اطلاقها إذ من واجب قاضى الموضوع حتى يكون بعيدا عن رقابة محكمة النقض أن يكون محصل فهمه للوقائع عند ما يقضى بسوء نية واضع اليد منطبقا فى مجموعه على تعريف سوء النية المتعارف عليه فقها فى التقادم الخمسى المكسب ـ وقد أجمع الفقهاء على أن سوء النية المسقط لاكتساب الملكية فى التقادم الخمسى هو علم المشترى وقت الشراء بأن البائع اليه غير مالك لما بيع .

وهذا هو الذى استقر عليه قضاء(٢) محكمة النقض والابرام المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ .

« حيث أنه إذا كان لقاضى الموضوع مطلق السلطان فى استخلاص سوء « النية من نصوص عقد ما ومن الظروف التى أحاطته وقت إنشائه ولا « رقابة لمحكمة النقض فى عمله هذا إلا أنه يجب أن يكون ما استخلصه من ذلك « العقد ومن تلك ـ الظروف منطبقا فى مجموعه على تعريف سوء النية المسقط « لدعوى اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ـ ولمحكمة النقض حق الرقابة « على هذا التطبيق .

« وحيث ان سوء النية المسقط لدعوى اكتساب الملك بالتقادم الخمسى « مناطه باتفاق الفقهاء علم المشترى وقت الشراء بأن البائع غير مالك لما بيع »

---

(١) مجموعة القواعد القانونية المدنية جزء ١ رقم ٤ ص ١٣٤ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ رقم ٣ ص ٢ .

الباب الرابع

الآثار المترتبة على التقـــادم الخمسى المكسب

٩٦ ـ أول الآثار المترتبة على التقادم الخمسى إذا ما استوفيت شرائطه أن تنتقل الملكية لواضع اليد ويعتبر كأنه تلقاها بمقتضى السبب الصحيح الذى يصبح بعد انقضاء مدة وضع اليد المنصوص عليها قانونا بمثابة سند صحيح ناقل للملكية له حجيته على الكافة .

وتفريعا على هذا يستطيع واضع اليـــد أن يحاج المالك الحقيقى بمقتضى السبب الصحيح كاداة ناقلة للملكية ـ ولا يستطيع هـــذا المالك أن يدعى أى حق على العقار بعد أن فقد ملكيته وانتقلت الى واضع اليـــد فأصبحت حقا حلالا خاليا من شبه الغصب .

وكذلك أيضا يحق لصاحب السبب الصحيح أن يدفـــع كل عدوان يقع على العقار لو تعرض له متعرض ويستوى الأمر سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا وعلى العموم فقد خول له القانون أن يتمتع بجميع الحقوق والمزايا التى يتمتع بها المالك الحقيقى فله الحق فى استعمال جميع الدعاوى التى يستعملها سواء كانت دعاوى عينية أو دعاوى وضع يد متى كان المراد منها دفـــع كل عدوان يقع على العقار من شأنه يمس صميم الملكية .

وكذلك أيضا يستطيع أن يتصرف فى العقـــار بكافة أنواع التصرفات ويعتبر المتصرف اليه كأنه تلقى الملكية من مالكها الحقيقى .

٩٧ ـ ولكن ما الحكم لو كان العقار محملا بحقوق عينية لصالح الغـــير ـ فهل يترتب على اكتساب الملكية بالتقادم زوال هذه الحقوق ـ أم تنتقـــل الى واضع اليد محملة باعباء الحق العينى ـ بحث هـــذه المسألة يتطلب منا دراسة كل حق من هذه الحقوق على حدة ـ وذلك على التفصيل الآتى :

٩٨ — عن حق الانتفاع ـ إذا كان العقار محملا بحق إنتفاع لمصلحة الغير ووضع الحائز يده على العقار ـ فهو يكتسب ملكية الرقبة وحق الانتفاع معا بمضى المدة المكسبة للتقادم .

قد يقال ان المادة ٢٩ / ٥٠ مدنى مصرى تقرر بأن حق الانتفاع لا ينتهى الا بعدم الاستعمال لمدة خمس عشرة سنة ـ وهذا حق ـ ولكن مجال تطبيق هذا النص لا يتحقق الا إذا لم يضع أحد يده على العقار ولكن الحائز وقد وضع يده على العقار بما فيه حق الانتفاع فهو يكتسب هذا الحق لأنه يدخل فى عداد الحقوق العينية التى يجوز اكتسابها بوضع اليد المدة المكسبة .

على أنه يلاحظ بأن قد لا يستوى الأمر بالنسبة لمالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع عند سريان مدة التقادم فقد تسرى بالنسبة لأحدهما ولا تسرى بالنسبة للآخر لقيام سبب من أسباب الايقاف أو الانقطاع ـ ومن ثم فليس مستغربا ان يكتسب واضع اليد حق الانتفاع دون ملكية الرقبة أو ملكية الرقبة دون حق الانتفاع .

٩٩ — حق الرهن التأمينى وحقوق الامتياز ـ يختلف التشريع الفرنسى عن التشريع المصرى من هذه الناحية .

ففى فرنسا ـ قرر الشارع فى المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى فقرة رابعة بأن مجرد اكتساب الملكية بالتقادم يترتب عليه زوال حقوق الامتياز وحق الرهن التأمينى المتوقع لصالح صاحب حق الامتياز أو لصالح الدائن المرتهن بحيث لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا من تاريخ تسجيل السند الذى يتخذه الحائز أساسا لوضع يده .

ولا يترتب على اجراءات القيد التى يتخذها الدائن المرتهن قطع سريان المدة بالنسبة للمدين أو الحائز .

المستفاد من هذه الفقرة أن الشارع الفرنسى أتى بنوعين من التقادم

تقادم مكسب تكتسب معه الملكية بوضع اليد المقرون بالسبب الصحيح ضد المالك الحقيقي - وتقادم مسقط من نوع خاص تزول معه حقوق الامتياز والرهن والتأميني ضد الدائن المرتهن بشرط أن يكون الحائز قد سجل سنده الذى يتخذه أساسا لوضع يده .

ومن هنا نرى أن الشارع الفرنسي رتب على تسجيل السبب الصحيح زوال حق الرهن التأميني المتوقع على العقار - فاذا لم يكن هذا السبب مسجلا تنتقل الملكية الى الحائز محملة باعباء هذا الحق العيني .

١٠٠ — في التشريع المصرى - قرر الشارع المختلط فى المادة ١٠٢ مدنى مختلط بأنه يجوز اكتساب الملكية وسائر الحقوق العينية (ما عدا الرهن التأميني) بالتقادم .

فماذا يقصد الشارع المختلط من النص على استثناء الرهن التأميني وعدم جواز اكتسابه بالتقادم ؟

الذى أراه ان مراد الشارع من هذا الاستثناء أن تنتقل الملكية الى الحائز محملة باعباء الرهن - ولكن قد يرد على هذا بأن الشارع المختلط لم ينص صراحة على بقاء الرهن التأميني قائما رغم انتقال الملكية للحائز - وان النص على عدم جواز اكتساب حق الرهن التأميني بالتقادم لا يؤدى الى هذا الغرض لأن حق الرهن حق تبعي يكفل التزاما أصليا وان طبيعة الالتزامات لا يمكن اكتسابها بالتقادم - وبالتالى لا يمكن اكتساب هذا الحق العيني بالتقادم مادام هو يتبع الالتزام الأصلي وجودا وعدما - وهذا حق ولكن يبدو لى أن الشارع المختلط أساء التعبير القانونى - وانه كان يقصد فعلا النص على عدم زوال حق الرهن التأميني عند انتقال الملكية الى الحائز بالتقادم فتنتقل اليه محملة باعباء هذا الحق العيني - وهذا هو الرأى الذى يتفق مع روح التشريع المختلط التى كانت سائدة وقت وضع هذا التقنين - اذ كان الشارع المختلط حريصا الحرص كله فى المحافظة على حقوق الدائن المرتهن - فهو أتى بنصوص

استثنائية فيها قلب لأوضاع القواعد العامة ـ وكان مراده منها المحافظة على حقوق الدائن المرتهن .

ألم تر أنه نص فى المواد ١٠٧ و ١٧٦ و ١٩٧ و ٣٤٠ و ٣٧٢ مدنى مختلط على بقاء الرهن التأمينى قائما على العقار لصالح الدائن المرتهن حتى لو زالت الملكية عن المدين الراهن بسبب بطلان سند ملكيته أو فسخه أو الغاءه أو زواله فهل هذا الشارع الذى يظهر بهذه الروح حريصا محافظا على حقوق الدائن المرتهن يفرط فى حق الدائن المرتهن الذى أوقع حقا عينيا على عقار ثم اكتسبه الحائز بوضع اليد المكسبة للتقادم ـ فتنتقل الملكية الى هذا الأخير خالية من هذا الحق ؟ الجواب بالنفى طبعا .

١٠١ ـ رأى القضاء المختلط ـ لم يستقر القضاء المختلط على رأى واحد فقد سايرت بعض الأحكام (١) رأى الفقه الفرنسى ـ وقضت بزوال حق الرهن التأمينى إذا انتقلت الملكية الى الحائز وذلك متى كان سند هذا الأخير مسجلا ـ حتى طرح الأمر فى النهاية أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ فقضت بعدم زوال حق الرهن التأمينى إذا انتقلت الملكية الى الحائز بل هى تنتقل اليه محملة باعباء هذا الحق ـ ومن هذا التاريخ استقر رأى هذا القضاء على هذا المبدء .

وكان أهم ما استندت اليه الدوائر المجتمعة فى تأييد رأيها بأن التشريع المصرى لم يأت بنص مماثل لنص المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى فقرة رابعة ومن ثم فليس للقضاء المختلط أن يتقيد بهذه القاعدة لمخالفتها لقواعد العدالة مادام الدائن المرتهن لم يكن مقصرا فى المحافظة على قيد رهنه فى الموعد المحدد له مطالبا مدينه باداء التزامه قبل أن يحل موعد سقوط هذا الالتزام .

١٠٢ ـ رأى القضاء الوطنى ـ أما القضاء الوطنى ـ لم نعثر فى هذا الصدد

---

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٤ (٢٦ ص ٢١٣)

الأعلى حكم واحد أصدرته محكمة اسنا[1] الجزئية بتاريخ ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٠ قضى بعدم زوال حق الرهن التأمينى عند اكتساب الملكية بالتقادم - وقد استند هذا الحكم الى ان الشارع المصرى أغفل عمدا نص المادة ٢١٨٠ فقرة رابعة وانه يجب المحافظة على حقوق الدائن المرتهن توطيدا للائتمان العقارى .

رأى الفقه المصرى - يرى الأستاذ جرانمولان (٢) بأن نص المادة ٢١٨٠ فقرة رابعة فرنسى هو نص استثنائى وان فى الأخذ به قضاء على المعاملات المالية إذ سرعان ما يجد الدائن المرتهن الذى يستولى على ارباحه فى مواعيدها ان العين التى هى الضمان الوحيد قد انتقلت الى يد الغير - وان مدينه يصبح بعدها معسرا - وتلك حالة قاضية على الثقة التى هى دعامة نظام الائتمان العقارى .

١٠٣ - حق الارتفاق - ولكن ما الحكم لوكان العقار محملا بحق ارتفاق لمصلحة عقار آخر - فهل تنتقل الملكية الى الحائز خالية من اعباء هذا الحق ؟ أم تنتقل اليه محملة به ؟

هذه المسألة اختلف فيها رجال الفقه الفرنسى - فيذهب فريق وعلى رأسه العلامة لوران (٣) بأن الملكية تنتقل الى الحائز خالية من أعباء هذا الحق وهم فى هذا يستندون الى الحجج الآتية :

أولا - أن الشارع الفرنسى نص فى المادة ٢١٨٠ مدنى الفقرة رابعة على زوال حقوق الامتياز والرهن التأمينى إذا انتقلت الملكية الى الحائز - فلماذا لا يزول حق الارتفاق المقرر على العقار قياسا على الرهن التأمينى وحق الامتياز .

ثانيا - ان نص المادة ٢٢٦٥ مدنى فرنسى قرر بأن الملكية تنتقل الى

(١) اسنا الجزئية المحاماه السنة الثانية عشر ص ٨٩٣ رقم ٤٤١
(٢) جرانمولان فى التأمينات نبذه ٥١٤ ص ١٤٥ (٣) لوران جزء ٨ نبذة ٣١٤

الحائز بمقتضى السبب الصحيح وحسن النية ـ وقد عرف الشارع حق الملكية فى المادة ٥٤٤ مدنى فرنسى بأنه حق يخول لصاحبه الانتفاع والتصرف بالشىء بصفه مطلقه الأمر الذى يستفاد منه بأن الملكية تنتقل الى الحائز خالية من كافة الحقوق المترتبة على العقار .

ثالثا ـ ويرون أخيرا بأنه ان كان من المقرر فقها زوال حق الانتفاع المقرر لمصلحة الغير على العقار بمجرد انتقال الملكية الى الحائز بمقتضى السبب الصحيح ـ فلماذا لا يزول حق الارتفاق :

أما الرأى العكسى وهو السائدالمعمول به فيرى ان الملكية تنتقل الى الحائز محملة باعباء هذا الحق وهم فى هذا يردون على حجج أصحاب الرأى الأول بما يأتى :

أولا ـ ان القول بزوال حق الارتفاق قياسا على حق الرهن التأمينى قول لا أساس له لأن نص المادة ٢١٨٠ فقرة رابعة هو نص استثنائى ولا يمكن أن يكون محل قياس .

ثانيا ـ ان الاستناد الى نص المادتين ٥٤٤ و ٢٢٦٥ مدنى فرنسى مردود عليه بالمادة ٧٠٦ مدنى فرنسى التى تقرر بأن حق الارتفاق لا يزول الا بسبب عدم الاستعمال لمدة ثلاثين سنة .

ثالثا ـ ان الحكم الخاص بحق الانتفاع يختلف عن حق الارتفاق لأن حائز العقار يكتسب حق الانتفاع بوضع اليد المدة المكسبة ـ أما فى حالة حق الارتفاق فان واضع اليد على العقار لا يستعمل هذا الحق لأنه ليس مالكا للعقار المرتفق ولا واضعا اليد عليه ـ وليس من المعقول أن يكتسب انسان حق ارتفاق مقرر على عقار مملوك له .

رابعا ـ حق الرهن الحيازى وحق الحبس ـ وفى هذين الحقين يحتم الشارع ضرورة وضع يد الدائن المرتهن على الشىء المرهون فاذا خرج هذا الشىء من حيازة هذا الدائن ووضع الحائز يده عليه ـ فقد الدائن حق الرهن وانتقلت الملكية الى الحائز خالية من اعبائه .

محتويات البحث


Bibliotheca Alexandrina
0415817